Rechtsscheinwirkungen mangelhafter Staatsakte im Familienrecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

ADOLF KATZ

aus Hannover

Referendar beim Landgericht Hannover.

Approbiert am 5. März 1925.

Referent:
Herr Universitätsprofessor Dr. Herbert Meyer.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck von Aug. Eberlein & Co., Hannover.

Inhaltsübersicht.

§ 1. Das Rechtsscheinprinzip.

§ 2. Die Rechtsscheinwirkungen der mangelhaften Vormunds- und Pflegerbestellung.

§ 3. Die Rechtsscheinwirkungen der mangelhaften vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

§ 4. Die Rechtsscheinwirkungen der mangelhaften Ehelichkeitserklärung.

§ 5. Die Rechtsscheinwirkungen mangelhafter gerichtlicher Entscheidungen aus dem Familienrecht:

A. des mangelhaften Ehescheidungsurteil.

B. der mangelhaften Urteile auf Aufhebung eines Güterstandes.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548122_0112

Rechtsscheinwirkungen mangelhafter Staatsakte im Familienrechte.

§ 1.

Das Rechtsscheinprinzip.

In die Rechtswissenschaft der letzten Jahrzehnte hat ein neuer Rechtsbegriff Eingang gefunden, der berufen ist, eine vermittelnde Rolle zwischen dem Recht und dem Nichtrecht einzunehmen: Der Begriff des Rechtsscheins. Er verdankt seine Entstehung — oder sagen wir besser Neuentdeckung — vor allem den Forschungen Hubers[1]), Otto Gierkes[2]), und Herbert Meyers[3]), über das Wesen der Gewere und ist dementsprechend auch dem deutschen Privatrecht entnommen. Der das germanische Recht beherrschende Formalismus und das mit diesem verbundene Prinzip der Publizität, der Gedanke, daß ein Recht, das absolute und volle Wirksamkeit im Verkehrsleben haben soll, in bestimmter, sinnlich wahrnehmbarer, vom Gesetz anerkannter Form nach außen in Erscheinung treten muß, all dies finden wir im „Rechtsschein" wieder. Trotzdem ist der Rechtsschein keineswegs „ein germanisches Vorbehaltsgut"[4]). Ohne den Gedanken des Rechtsscheins kann eine Rechtsordnung niemals auskommen. Daß insbesondere auch das gemeine Recht Ansätze in dieser Richtung zeigt, hat Krückmann bereits nachgewiesen[5]). Insbesondere aber ist das Rechtsscheinprinzip von Bedeutung für das heutige Rcht. Der

---

[1]) Huber: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Bern 1894.

[2]) Otto Gierke: Deutsches Privatrecht Band I: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, Band II: Sachenrecht Leipzig 1905. — „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch" in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band I, Heft 4.

[3]) Herbert Meyer: Das Publizitätsprinzip im Deutschen bürgerlichen Recht. 1908. — Entwerung und Eigentum im Deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.

[4]) Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 57, Seite 109, A. 1.

[5]) Krückmann: Sachbesitz, Rechtsbesitz und Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts, im Archiv für zivilistische Praxis, Band 108, Seite 411.

moderne Verkehr hat nicht die Zeit, das begriffliche Dasein interner subjektiver Rechte gegenüber verborgen gebliebenen Mängeln oder Hindernissen zu prüfen, er muß sich auf die sinnlich wahrnehmbaren typischen Erscheinungsformen der Rechte verlassen können. Wo diese mit dem ihr entsprechenden abstrakten Rechtsverhältnis im Widerspruch stehen, muß die Rechtsordnung dem Rechtsschein die Macht verleihen, das nur heimlich bestehende wirkliche Recht unter Umständen bei Seite zu schieben. „Die schützenswertere Interessensphäre muß der Gesetzgeber unter Anwendung relativer Gerechtigkeit schützen“[6]). Rechtsschein ist also der vom Gesetz mit rechtsgleicher oder rechtsähnlicher Wirkung bekleidete bloße Schein eines Rechtes. Der Grund für seine Wirkung liegt darin, daß in der überwiegenden Mehrheit der Fälle neben dem Schein das diesem entsprechende Sein tatsächlich besteht und, daß im Rechtsverkehr jemand, der sich auf diesen Rechtsschein verläßt, diesem trauen darf und somit der Prüfung der weiteren Voraussetzungen des notwendigen Tatbestandes enthoben ist[7]).

Auch in unserem heutigen Privatrecht ist das Rechtsscheinprinzip wirksam. Das läßt sich heute wohl nicht mehr bezweifeln, ist ja auch schon im einzelnen nachgewiesen.[8]) Aber auch im öffentlichen Recht ist der Rechtsschein von großer Bedeutung, pflegen doch insbesondere alle Akte der Staatsgewalt in einer bestimmten Form in Erscheinung zu treten. Dazu kommt hier noch eins: „Der Rechtswert der Willenserklärung der Obrigkeit ist grundsätzlich verschieden von dem der Rechtsgeschäfte einzelner. Die letzteren sind wirkungslos, wenn sie nicht ihre Rechtmäßigkeit nachweisen. Die Obrigkeit aber, wenn sie innerhalb ihrer Zuständigkeit handelt, bezeugt damit zugleich, daß die besonderen Voraussetzungen für die Gültigkeit ihres Aktes gegeben sind“[9]). Die Autorität des Staates steht hinter den Handlungen seiner Organe, darum muß, wo auch nur rein äußerlich ein solches Handeln — ein Staatsakt — gegeben ist, dieses Handeln auch da, wo es den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entspricht, zunächst einmal Wirkungen äußern, bis das wahre Recht zu Tage getreten, der Schein durch Anfechtung gebrochen ist. Wie lange diese Anfechtung des Rechtsscheins zulässig ist, wann der Schein zum

---

[6]) Herbert Meyer: Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht, Seite 87 fg. und 94 fg.

[7]) Vergl. Jakobi: Die Theorie der Willenserklärungen, München 1910, Seite 32, 33.

[8]) So insbesondere Herbert Meyer, Jakobi, Krückmann a. a. O. und Fischer: Sein und Schein im Rechtsleben, in der internationalen Wochenschrift für Kunst und Technik Nr. 66 (1909), Seite 1437 fg.

[9]) Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht 1924, § 9, 2.

Sein erstarkt ist, in wieweit überhaupt sich Wirkungen an den Rechtsschein knüpfen, diese Fragen sind nach dem positiven Recht zu beantworten[10]).

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, zur Erforschung der Wirkungen des Rechtsscheins im öffentlichen Recht einen Beitrag zu liefern. Sie legt dabei ihrer Untersuchung einige Akte der Staatsgewalt, die uns aus dem Gebiete des Familienrechts bekannt sind, zu Grunde. Da die Wirkungen des Rechtsscheins bei den einzelnen Akten der Staatsgewalt verschieden sind, — je nach den Vorschriften des positiven Rechts —, so ist eine einheitliche Betrachtung der in Frage kommenden Akte nicht angebracht. Es erscheint vielmehr eine gesonderte Betrachtung am Platze.

§ 2.

Die Rechtsscheinwirkungen der mangelhaften Vormunds- und Pflegerbestellung.

I. Liegen die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft (§§ 1773, 1896, 1906, 1909 bis 1914 BGB.) vor, so hat das Vormundschaftsgericht, also nach § 35, 36 FGG. das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Mündel zu der Zeit, zu welcher die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wird, seinen Wohnsitz bzw. Aufenthalt hat, von Amtswegen die Vormundschaft bzw. Pflegschaft anzuordnen (§ 1774 BGB.) und einen Vormund bzw. Pfleger zu bestellen. Die Bestellung erfolgt dadurch, daß der zu bestellende vom Vormundschaftsgericht zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft oder Pflegschaft verpflichtet wird. (§ 1789 BGB.) Sie ist kein Vertrag, vielmehr ein einseitiges, amtliches, publizistisches Rechtsgeschäft, ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt. Durch den Bestellungsakt erhält der Vormund weder ein Recht noch eine Fähigkeit, ihm wird durch denselben nur das Amt, der Kreis vormundschaftlicher Geschäfte, übertragen. Die zur Ausübung seines Amtes erforderlichen Rechte gibt ihm das Gesetz. Der einem Minderjährigen bestellte Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, er ist ermächtigt, nach beiden Seiten hin das Kind zu vertreten. (§ 1793 BGB.) Für gemachte Aufwendungen kann er Ersatz verlangen. (§ 1835 BGB.) Andererseits wiederum ist er aber auch dem Mündel für jeden aus einer schuldhaften Pflichtverletzung entstehenden Schaden verantwortlich. (§ 1833 BGB.)

---

[10]) Herbert Meyer: Vom Rechtsschein des Todes. Leipzig 1912, S. 84.

Ähnlich ist die Rechtsstellung eines für einen Volljährigen bestellten Vormundes. Ihm steht jedoch die Sorge für die Person des Mündels nur insoweit zu, als der Zweck der Vormundschaft dieses erfordert. (§ 1901 BGB.) Bezüglich der Sorge für das Vermögen sind im § 1902 BGB. Einschränkungen getroffen.

Im Gegensatz zu dem grundsätzlich unbeschränkten Wirkungskreis des Vormundes ist die Fürsorgetätigkeit des Pflegers eine beschränkte und reicht nur soweit, als der Zweck der Pflegschaft es erfordert. (Vergl. dazu § 1909 bis 1914 BGB.) Im übrigen ergibt sich alles Nähere bezüglich der Rechtsstellung des Vormundes oder Pflegers aus dem Gesetz.

II. Nichts auf der Welt ist vollkommen. Mag der Staat auch durch sorgfältige Auswahl seiner Organe, durch sorgfältigste Anordnung des bei seinen Handlungen zu beobachtenden Verfahrens eine gewisse Garantie für die Fehlerlosigkeit seiner Willensäußerungen bieten, seine Organe sind Menschen. Bewußte oder unbewußte Versehen werden daher oftmals den Staatsakt fehlerhaft machen. So ist es oft der Fall, daß die formellen oder materiellen Voraussetzungen der Vormundsbestellung nicht gegeben sind, und es entsteht dann die Frage, inwieweit der staatliche Bestellungsakt trotz seiner Mangelhaftigkeit Rechtswirksamkeit hat. Diese Frage steht im engsten Zusammenhang mit der bisher heiß umstrittenen Streitfrage, wie es mit der Rechtswirksamkeit solcher Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Staatsakte im Allgemeinen überhaupt steht[11]). Vielfach hat man daher auch von diesem Gesichtspunkte aus die Frage der mangelhaften Vormundsbestellung erörtert. So geht insbesondere Bettsack[12]) von dem im öffentlichen Recht herrschenden Grundsatz aus, daß jeder Verwaltungsakt grundsätzlich so lange gilt, als er nicht durch Anfechtung im Rechtsmittelwege angefochten ist[13]). „Soweit nur die Form, das handelnde Organ und der Gegenstand seiner Verfügung dem Gesetz entspricht, besteht der irrige Staatsakt und verdient von den Staatsorganen sowohl als vom Untertan Respekt[14]). Nach Bettsack ist dementsprechend auch die Bestellung eines Minderjährigkeitsvormundes über einen nicht entmündigten Volljährigen nicht nichtig, aber das Gesetz unterläßt hier eine Delegation der sonst für das vor-

[11]) Hierüber neuerdings: v. Hippel: „Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes", Berlin 1924.

[12]) Dr. jur. Heinrich Bettsack: „Die Bestellung eines Vormundes für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen", im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 35, S. 404 fg.

[13]) So insbesondere Hatschek, Institution des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 1919, Seite 11.

[14]) Bettsack, a. a. O., Seite 407.

mundschaftliche Amt bereitgestellten Machtbefugnisse. Gleichwohl läßt es das Vertrauen des Vormundes auf den Besitz des öffentlichen Amtes nicht ungeschützt. Der Vormund ist vielmehr im Rahmen des § 1682 BGB. zur Vertretung des Mündels berechtigt.

Ähnlich sagt Jellineck[15]): „Der irrige Staatsakt, sofern nur das Subjekt, das Objekt und die Form dem Gesetze entspricht, ist anfechtbar, vernichtbar, zurücknehmbar, aber solange er besteht, verdient er Beachtung von den Staatsorganen sowohl als von den Untertanen." Nach ihm spricht für die Gültigkeit des staatlichen Aktes im Gegensatz zum privatrechtlichen eine jederzeit widerlegbare Vermutung.

Auch Endemann geht in seiner Legitimationstheorie von gleichen Anschauungen aus, wenn er sagt: „Die ausdrückliche Bestellung zum Vormund erzeugt eine öffentlich-rechtliche Legitimation, der um ihrer selbst willen eine selbständige bestätigende Wirkung innewohnt, bis sie durch die amtliche Verfügung der zuständigen Gerichtsstelle wieder beseitigt ist."[16]) Er läßt aber weitgehende Ausnahmen zu. Die Mängel, deren Eintritt kraft Gesetzes die Endigung der bestehenden Vormundschaft verursacht, bewirken ihre absolute Nichtigkeit, wenn sie bereits bei der Bestellung der Vormundschaft vorlagen. So ist die über einen Volljährigen irrtümlich verhängte Vormundschaft nach ihm ohne weiteres nichtig.

Andere Schriftsteller folgern die Gültigkeit der mangelhaften Vormundschaftsbestellung aus einer dem § 32 FGG. angeblich stillschweigend innewohnenden Rechtsansicht. So insbesondere Fuchs und die neueren Lehrbücher und Kommentare[17]).

Letzthin hat Josef[18]) ausgehend von der Rechtssprechung des früheren preußischen und gemeinen Rechts, wonach dem Prozeßgericht nicht die Befugnis zusteht zu prüfen, ob die materiellen Voraussetzungen für eine vom zuständigen Vormundschaftsgericht angeordnete und im Gesetz vorgesehene Vor-

---

[15]) Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen, 1908, Seite 104 fg. und 79.

[16]) Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2, § 219, B. 3, Seite 789 fg.

[17]) Fuchs: Vormundschaftsrecht, München, 1909, § 1774, Anmerkung 9. — Kommentar der Reichsgerichtsräte § 1774, Anmerkung 2. Enecccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1923, Familienrecht, § 102, Anmerkung 5. — Goldmann, Lilienthal, Sternberg: Familienrecht, Berlin 1921, Seite 388.

[18]) Eugen Josef: Nichtigkeit und Wirksamkeit gesetzwidrige Anordnungen des Vormundschaftsgerichts in Iherings Jahrbücher für Dogmatik Bd. 70, Seite 70 fg.

mundschaft oder Pflegschaft bei deren Anordnung vorgelegen haben, sich ebenfalls für die Wirksamkeit der mangelhaften Bestellung ausgesprochen. Unwirksam sei die vormundschaftsgerichtliche Verfügung aber in folgenden Fällen:

1. Wenn sie sich als Ausübung einer vermeintlichen Befugnis darstellt, die der Staat sich selbst nicht beigelegt hat.
2. Wenn sie einer anderen Behördenart oder Behördenstufe zusteht, oder dem deutschen Vormundschaftsgericht durch das zwischenstaatliche Privatrecht entzogen ist.
3. Wenn für den Erlaß der Verfügung gesetzliche Voraussetzungen vorgeschrieben sind, die so wesentlich sind, daß nach der erkennbaren Absicht des Gesetzes beim Fehlen dieser Voraussetzungen der Amtshandlung des Richters die Eigenschaft und Rechtswirkung der Ausübung staatlicher Befugnisse versagt sein soll.

Insbesondere sei danach unwirksam die Bestellung eines Vormundes für einen nicht entmündigten Volljährigen.

Betrachten wir einmal die bisherige Lehre über die Wirksamkeit des mangelhaften Bestellungsaktes in ihrer Gesamtheit. Ihr Standpunkt ist folgender:

Unwirksam ist die Bestellung eines Vormundes:

a) Wenn sie von einem sachlich unzuständigen Gericht verfügt ist, § 32 FGG.
b) Wenn der handelnde Richter nicht voll geschäftsfähig ist[19]).
c) Wenn der Verpflichtungsakt nicht in persönlicher Anwesenheit des Vormundes vorgenommen ist[20]).
d) Bei Bestellung eines Unfähigen zum Vormund. (§ 1780 BGB.)

Wirksam ist dagegen der Bestellungsakt, wenn nur eine bloße Ordnungsvorschrift verletzt ist, so bei Verletzung der §§ 1775, 1778, 1781—1787 BGB. Da die Beteiligten jedoch ein Recht darauf haben, daß auch die instruktionellen Vorschriften der Gesetze, soweit ihr Interesse dadurch berührt wird, eingehalten werden, so ist ihnen ein Beschwerderecht gegen die ordnungswidrige Verfügung gegeben. (§§ 19, 20, 57 FGG.) Die Beschwerde hat, wenn sie durchdringt, zur Folge, daß der ordnungswidrig bestellte Vormund zu entlassen ist.

Auch die örtlichen Zuständigkeitsnormen sind in Hinsicht auf die Rechtswirksamkeit richterlicher Handlungen als bloße

---

[19]) A. A. Jellinek, a.a.O., S. 60, 61, gegen ihn insbesondere Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910, Seite 298 und Bettsack, a. a. O., Seite 390, 391.

[20]) Vergl. dazu insbesondere Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Bd. 21, Seite 284.

Ordnungsvorschriften aufzufassen., Soweit die Mangelhaftigkeit des Bestellungsaktes auf einer Verletzung der örtlichen Zuständigkeitsnormen beruht, läßt sie die Gültigkeit des Bestellungsaktes unberührt. (§ 7 FGG.) Die auch hier zulässige Beschwerde hat deshalb nicht die Aufhebung der Vormundschaft, vielmehr nur die Abgabe derselben an das zuständige Gericht zur Folge[21]).

Über dies letztere scheint in Praxis und Wissenschaft heute im Wesentlichen Übereinstimmung zu herrschen. Darüber jedoch, welche Folgen das Fehlen der materiellen Voraussetzungen nach sich zieht, gehen die Ansichten, wie wir bereits oben sahen, erheblich auseinander. Grundsätzlich wird allerdings allgemein der Standpunkt vertreten, daß die Vormundschaftsbestellung trotz Fehlens ihrer Voraussetzungen wirksam sei. Aber ob hier alle Voraussetzungen gleich zu behandeln sind, darüber gehen die Ansichten auseinander. Fuchs[22]), Enneccerus[23]), Goldmann-Lilienthal-Sternberg[24]) und auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte[25]) lehnen es ab, einen Unterschied zwischen den verschiedenen Voraussetzungen zu machen. Dagegen lassen Endemann[26]), von Blume[27]) und vor allem Josef[28]) Ausnahmen von dem Grundsatz der Wirksamkeit zu. In Einzelheiten, vor allem jedoch in der Begründung ihrer Ansichten, weichen auch sie wieder durchaus von einander ab.

Halten wir zunächst nur fest: Die Vormundschaftsbestellung ist grundsätzlich wirksam, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nur mangelhaft gegeben sind. Diese Rechtswirksamkeit ist jedoch keine endgültige. Sie ist vielmehr anfechtbar und zwar entweder durch die handelnde Behörde selbst (§ 18 FGG.) oder durch den Betroffenen. (§ 20 und 59 FGG.) Auch über die Wirkung dieser Anfechtung herrscht in der Literatur keine Einigkeit. Wirkt sie nur für die Zukunft — ex nunc — oder ist sie „ein mit Rückwirkung ausgestatteter Gerichtsbarkeitsakt[29]). wirkt sie ex tunc? Insbesondere Jellinek[30]) hält den mangelhaften Staatsakt nur für zurücknehmbar.

---

[21]) So Fuchs a. a. O. § 1774, Anmerkung 5. — Goldmann, Lilienthal, Sternberg: Seite 400, Anmerkung 109. — Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Bd. 12, Seite 193. — Anderer Ansicht: Enneccerus, a. a. O. § 102 V.

[22])—[25]) Vergl. Seite 5 Anmerkung Nr. 17.

[26]) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, 2, § 219, b 3.

[27]) Opet-Blume: Vormundschaftsrecht § 1784, Anmerkung 4.

[28]) Josef, a. a. O.: Seite 106 und 107.

[29]) So Hellwig: Grenzen der Rückwirkung, Seite 25 fg.

[30]) Jellinek, a. a. O., Seite 145 fg.

Kormann jedoch und besonders Hellwig[31]) legen der Anfechtung Rückwirkung bei. Die letztere Ansicht ist wohl heute die herrschende.

III. Die Ansicht, daß die Vormundschaftsbestellung wirksam sei, auch wenn ihre Voraussetzungen nur mangelhaft gegeben sind, kann von uns nicht übernommen werden; jedenfalls nicht so, wie sie von den Vertretern der herrschenden Lehre allgemein aufgefaßt wird. Die Ansicht, daß auch der mangelhafte Bestellungsakt konstitutive Wirkung habe, daß er Recht schaffe, ist unbedingt zu verwerfen. Schließt man mit Jellinek überdies bei der Anfechtung die Wirkung ex tunc aus, so hat dies zur Folge, wie Krückmann[32]) richtig bemerkt, daß die Anfechtung auch, wo sie als Anfechtung wegen grundsätzlicher Mängel gedacht ist, praktisch nur als ein Widerruf oder eine Kündigung ex nunc wirkt. Es tritt dieselbe Folge ein, als sei nur eine Ordnungsvorschrift verletzt. Daß dies der Absicht des Gesetzes widerspricht, braucht wohl kaum näher begründet zu werden. Ebenso unerträglich ist aber auch der Gedanke, daß zunächst die volle Wirkung eintreten und erst nach erfolgter Anfechtung mit rückwirkender Kraft fortfallen soll. Etwas, was tatsächlich bestanden hat, kann nicht nachträglich beseitigt werden, das ist ein Unding. Die Rückwirkung wäre nur zu erklären durch eine vom Gesetzgeber gewollte Fiktion. Eine solche ist aber, wie Jellinek[33]) richtig sagt, nicht zu vermuten. Zwar versuchen Kormann[34]) und Bettsack[35]) die Rückwirkung zu rechtfertigen, ihre Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen, wenngleich man zugeben muß, daß sie im praktischen Ergebnis der Wahrheit nahekommt. Die ganze bisherige Lehre krankt eben daran, daß allgemein verkannt wird, daß es zwischen Recht und Nichtrecht ein Drittes gibt, — den Rechtsschein.

IV. Schon Krückmann hat des öfteren darauf hingewiesen, daß die Bestimmung des § 32 FGG. auf dem Rechtsschein beruhe[36]). Dieser § lautet:

„Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur

---

[31]) Hellwig: Grenzen der Rückwirkung, Seite 25 fg.

[32]) „Sachbesitz, Rechtsbesitz und Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts", im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 108, Seite 425.

[33]) Jellinek, a. a. O., Seite 145.

[34]) Kormann, a. a. O., Seite 315, 316.

[35]) Bettsack, a. a. O.: Seite 144 fg.

[36]) Krückmann: Iherings Jahrbücher, Bd. 57, Seite 114. Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 108, Seite 425.

Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß."[37])

Diese Vorschrift findet insbesondere Anwendung auch auf die Bestellung eines Vormundes, und ist hier gerade bezüglich der Frage, ob die Aufhebungsverfügung ex nunc oder ex tunc wirkt, Gegenstand des Streites geworden, mit Unrecht, denn wie Bettsack[38]) richtig hervorhebt, kann man im § 32 FGG. sowohl die Regel als auch die Ausnahme sehen. Man muß die Lösung der Frage auf anderem Wege suchen.

Die Bestimmung des § 32 hat ihren Grund in dem Bestehen der durch die mangelhafte Verfügung geschaffenen tatsächlichen Lage. Wäre die Verfügung wirksam, und würde sie nur mit Wirkung ex nunc beseitigt, dann wäre der § 32 überflüssig. Würde die Verfügung aber mit Wirkung ex tunc wieder aus der Welt geschafft, worauf soll sich dann der § 32 stützen, wenn nicht auf den durch die mangelhafte Verfügung hervorgerufenen äußeren Tatbestand. Weil rein äußerlich der Tatbestand der Vormundsbestellung gegeben ist, soll der Dritte in seinem Vertrauen auf diesen Schein der Bestellung geschützt werden. Auf dem durch den mangelhaften Bestellungsakt hervorgerufenen Rechtsschein beruht die Vorschrift des § 32 FGG. Demnach hat der mangelhafte Bestellungsakt, jedenfalls soweit die Vorschrift des § 32 Platz greift, nicht die Wirksamkeit der Vormundsbestellung zur Folge, vielmehr ruft sie nur einen — jederzeit widerlegbaren — Rechtsschein hervor. Dieser Rechtsschein besteht solange, bis er durch Anfechtung gebrochen ist. Gerade die Möglichkeit der Anfechtung zeigt deutlich, daß es nur Rechtsschein ist, den der mangelhafte Bestellungsakt hervorruft. Die Anfechtung der mangelhaften Verfügung ist nichts weiter, als die Geltendmachung des wahren Rechts gegenüber dem Rechtsschein[39]). Da die Bestimmung des § 32 erst Platz greift nach Anfechtung des Scheines, so ist sie keine direkte Wirkung des Rechtsscheines mehr, sie beruht nur auf demselben; hierauf wird später noch zurückzukommen sein. Soviel ergibt sich aber deutlich, daß § 32 FGG. mit der Frage der Rück- oder Vorauswirkung des Anfechtungsaktes

---

[37]) vergl. auch Loewenwarter, Bd. I, S. 7: Über den Rechtsschein der irrtümlichen Volljährigkeitserklärung.

[38]) Bettsack, a. a. O., Seite 144 fg.

[39]) Diese Erkenntnis verdanken wir Herbert Meyer (vergl. Rechtsschein des Todes, Seite 77.).

nichts zu tun hat, sondern nur scheiden will zwischen den Geschäften, welche trotz Anfechtung dem Rechtschein gemäß erhalten bleiben und denjenigen, welche ohne Rücksicht auf den Rechtsschein ihre Unwirksamkeit behalten.

V. Nach der Feststellung, daß der mangelhafte Bestellungsakt nur einen Rechtsschein ins Leben ruft, ist es nötig, die einzelnen Wirkungen dieses Rechtsscheines näher zu betrachten. Ausschalten müssen da zunächst aus unserer Betrachtung, als für den Rechtsschein nicht in Frage kommend, die Fälle, in denen der Bestellungsakt unwirksam ist, weil die wesentlichen formellen Voraussetzungen desselben nicht gegeben sind. Dies ergibt sich, soweit die sachliche Unzuständigkeit des handelnden Gerichts in Frage kommt, direkt aus dem Gesetz und zwar dem § 32 FGG. Aber es spricht auch die Erwägung dafür, daß hier, wo der Vormund ohne Schwierigkeit selbst wahrnehmen konnte, daß ein Mißbrauch der Organisationsgewalt allein das Zustandekommen des Verwaltungsaktes bewirkt[40]), ihm ein Vertrauensschutz nicht zustehen kann. Aus entsprechendem Grunde ist unwirksam die Vormundsbestellung, bei der der Verpflichtungsakt nicht in persönlicher Anwesenheit des Vormundes vorgenommen ist, und ebenfalls die von einem nicht voll geschäftsfähigem Richter vorgenommene Bestellung. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ist dann gleichfalls noch unwirksam die Bestellung eines Unfähigen zum Vormund. Alle diese Fälle kommen, wie gesagt, für den Rechtsschein nicht in Betracht. Des weiteren sind noch auszuschalten die Fälle, in denen die Mangelhaftigkeit des Bestellungsaktes nur auf einer Verletzung der instruktionellen Vorschriften beruht. Denn die Wirksamkeit der Bestellung wird, wie wir sahen, durch einen derartigen Mangel nicht berührt. Der Bestellte ist Vormund, bis er, eventuell auf Beschwerde hin, entlassen wird.

Demnach bleiben für den Rechtsschein nur die Fälle übrig, wo die Mangelhaftigkeit des staatlichen Aktes durch das Fehlen seiner materiellen Voraussetzung bewirkt wird. Hier treten, wie wir sahen, zunächst alle Wirkungen ein, aber sie sind widerrufbar, nicht Recht, sondern Rechtsschein liegt hier zu Grunde.

Nehmen wir einmal folgendes Beispiel:

Der V ist von dem Vormundschaftsgericht zum Vormund des Minderjährigen A bestellt in der irrigen Annahme, daß der allein noch lebende Vater des A weder in den die Person, noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Mündels berechtigt sei. Der Bestellungsakt ist formgemäß vorgenommen. Gleichwohl ist die Bestellung mangel-

[40]) Hatschek, a. a. O., Seite 116.

haft, da ja die Voraussetzungen des § 1773 BGB. nicht gegeben sind, und die Vormundschaft kann jederzeit durch Verfügung des Vormundschaftsgerichts widerrufen, oder auf Beschwerde des Vaters des A aufgehoben werden.

Solange ein Widerruf jedoch nicht erfolgt ist, bzw. Beschwerde nicht eingelegt ist, steht dem V auf Grund des staatlichen Bestellungsaktes der Rechtsschein des vormundschaftlichen Amtes zur Seite. Auf Grund dieses Rechtsscheines kann er alle dem wirklichen Vormund zustehenden Befugnisse ausüben. Seine Rechte und Pflichten sind dieselben, als wenn der Bestellungsakt fehlerfrei wäre.

Hiermit steht in natürlichem Zusammenhange der Einfluß des Rechtsscheines, soweit er den Mündel A betrifft. Der A muß den Rechtsschein des V in jeder Weise gegen sich gelten lassen. Er befindet sich also dem V gegenüber in der Stellung eines Mündels. Gleichwohl wird die bestehende elterliche Gewalt durch den Rechtsschein nicht berührt. Der durch den Bestellungsakt hervorgerufene Rechtsschein kann nur insoweit Wirkungen äußern, als sie der fehlerlose Akt auch zeitigt. Das Nichtbestehen der elterlichen Gewalt des Vaters war aber nur das Motiv der fehlerhaften Handlung des Richters[41]), nicht seine Folge. Die elterliche Gewalt des Vaters und die Scheinvormundschaft des V bestehen also nebeneinander. Sie können in ihren Handlungen konkurrieren oder kollidieren. Da die Vertreterhandlung „gleichwertiges Surrogat der Eigenhandlung“[42]) ist, so bestimmt sich die Geltung der von den beiden Vertretern vorgenommenen konkurrierenden Rechtsgeschäfte dann nach der Zeit ihrer Vollziehung in derselben Weise, wie wenn sie von derselben oder gegenüber derselben Person vorgenommen wären.

Diese Möglichkeit der Konkurrenz zwischen Vater und Vormund erscheint allerdings auf den ersten Blick befremdlich. Man bedenke aber einmal, daß wahrscheinlich immer in einem solchen Falle der Vater die ihm zustehende elterliche Gewalt kaum ordnungsgemäß ausgeübt haben wird, da andernfalls schwerlich wegen vermeintlichen Nichtbestehens dieser Gewalt eine Vormundschaft angeordnet wäre. Zudem wird, sobald sich Unzuträglichkeiten, insbesondere auch bei Anordnungen betreffs der Person des Kindes ergeben, doch der eine oder andere die Fehlerhaftigkeit der Vormundschaft erkennen und von dem ihm zustehenden Beschwerderecht Gebrauch machen. Dann aber auch scheint das Gesetz ein solches Nebeneinanderbestehen

---

[41]) Bettsack, a. a. O., Seite 130 fg.

[42]) Riezler: Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 88, Seite 372.

von Vormundschaft und elterlicher Gewalt als nicht so schwerwiegend in seinen Folgen anzusehen, denn die Bestimmung des § 1883 BGB. ergibt ja in ihrer Folge auch direkt eine doppelte Vertretung der Kinder, da der Eintritt der elterlichen Gewalt lediglich durch die Eheschließung (§ 1719 BGB.), nicht etwa noch außerdem durch den Feststellungsprozeß zwischen Vater und Kind oder die vormundschaftsgerichtliche Aufhebungsanordnung bedingt ist[43]).

Die Wirkung des Rechtsscheins erstreckt sich aber auch noch weiter, als auf den Vormund und den Mündel. Insbesondere ist das Vormundschaftsgericht selbst an den an seine Handlung sich knüpfenden Schein gebunden. Solange derselbe besteht, hat es die ihm obliegende Aufsichtsführung wahrzunehmen. Es sind ferner aber auch alle anderen Verwaltungsbehörden und Gerichte an den Rechtsschein des Bestellungsaktes gebunden. Denn grundsätzlich darf der künstlich geschaffene Rechtsschein nur von der Behörde, die ihn geschaffen hat, und in den Formen, in denen er geschaffen worden ist, wieder rückgängig gemacht werden[44]). Das heute fast allgemein anerkannte Prinzip der Verbindlichkeit auch der gesetzwidrigen Staatsakte[45]), besagt doch nichts anderes, als daß der durch den Staatsakt hervorgerufene Rechtsschein verbindlich ist für den Untertan sowohl, als auch für den handelnden Staat selbst. „Wo das Gesetz einen rechtsgestaltenden Akt in die Hände einer bestimmten Behörde gelegt hat und zugleich vorgeschrieben hat, auf welchem Wege dessen Aufhebung bewirkt werden kann, da ist grundsätzlich auch ohne ausdrücklichen Ausspruch im Gesetz im Interesse der Verkehrssicherheit anzunehmen, daß der Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen des Aktes nur auf dem vorgeschriebenen Wege geltend gemacht werden kann." So sagt das Reichsgericht[46]), dessen Ausführungen man sich nur anschließen kann. Der durch einen Staatsakt hervorgerufene Rechtsschein, der doch, wie hier bei der Vormundsbestellung, fast stets für einen größeren Personenkreis Bedeutung hat, kann nicht gelegentlich von den verschiedenen Gerichten oder Behörden mit vielleicht ganz verschiedenem Ergebnis nachgeprüft, sondern nur in dem dazu bestimmten Verfahren einheit-

[43]) Im vorliegenden Falle ist sogar die Wirkung des Nebeneinanderbestehens von Vormundschaft und elterlicher Gewalt weit weniger einschneidend, da hier nur der Rechtsschein einer Vormundschaft vorliegt, der nach seiner Beseitigung auch eine ganze Anzahl seiner Wirkungen illusorisch macht.

[44]) So, allerdings in Beziehung auf den Rechtsbesitz, Krückmann, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 108, S. 375.

[45]) Hatschek, a. a. O., Seite 11. — Kormann, a. a. O., S. 199 und 200. — Bettsack, a. a. O., S. 409 fg. daselbst weitere Nachweise.

[46]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 81, S. 212.

lich beseitigt werden. Das hat zur Folge, daß sowohl der Prozeß- wie der Straf- und Konkursrichter an den bestehenden Rechtsschein gebunden ist. Grundbuchamt, Registergericht und Vollstreckungsbehörde haben den auf Grund des Rechtsscheins tätigen Vormund zuzulassen. Das Konkursgericht hat dem zu Unrecht Bevormundeten im Konkurse des gesetzwidrig bestellten Vormundes das Konkursprivileg nach § 61 Ziffer 5 Konkursordnung zuzuerkennen[47]). Alles dieses widerspricht nicht etwa dem § 56 ZPO., denn nach diesem hat das Gericht nur die Legitimation des gesetzlichen Vertreters zu prüfen, also nur, ob das Vormundschaftsgericht den Vormund ernannt hat, der Bestellungsakt gegeben ist.

VI. Solange der durch den behördlichen Bestellungsakt hervorgerufene Rechtsschein besteht, äußert er die soeben besprochenen Wirkungen. Sein Bestand ist jedoch kein unanfechtbarer. Er ist vielmehr widerlegbar, eben weil er nur Rechtsschein ist. Die Widerlegung kann auf zweifache Art erfolgen, einmal im Wege der Selbstanfechtung durch die handelnde Behörde, dann aber auch durch Anfechtung des Betroffenen im Beschwerdewege. Ein näheres Eingehen auf die bezüglichen Bestimmungen des FGG. ist hier nicht am Platze. Wir können daher wohl davon Abstand nehmen, um im folgenden auf die Wirkung des Widerrufs des Rechtsscheins einzugehen.

VII. Durch den Widerruf des Rechtsscheins wird das wahre Recht offenbar. Ist die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche ein Vormund- bzw. ein Pfleger ernannt ist, aufgehoben worden, dann ist nunmehr als feststehend zu betrachten, daß ein Pfleger oder Vormund nie ernannt war. Damit müßten eigentlich alle Wirkungen, die aus der Bestellung entspringen, jetzt auch wegfallen[48]). Das ist jedoch nicht der Fall. Nach dem § 32 FGG., der ja bereits erwähnt wurde, bleiben alle Rechtsgeschäfte, die während des Bestehens des Rechtsscheins von oder gegenüber dem Vormund vorgenommen sind, auch nach dem Widerruf des Rechtsscheins wirksam. Dritte, die sich auf das Bestehen des Rechtsscheins verlassen haben, gestützt auf ihn, mit dem Vormund rechtsgeschäftlich gehandelt haben, sind weitgehend geschützt und zwar ohne jede Rücksicht darauf, ob sie die wahre Sachlage kannten oder nicht. Es handelt sich hier um „Rechtsscheinwirkungen, die sich nach Beseitigung des Scheines im Wege der Anfechtung nicht mit beseitigen lassen, da inzwischen auf Grund des Schei-

---

[47]) Bettsack, a. a. O., Seite 411.

[48]) So insbesondere Hellwig: Grenzen der Rückwirkung, Seite 36 — gegen ihn siehe Herbert Meyer, Rechtsschein des Todes, Seite 77.

nes materielles Recht entstanden ist."[49]) Diese Wirkungen treten aber nicht nur auf, soweit das Gesetz es im § 32 bestimmt hat. Ganz allgemein hat der Grundsatz zu gelten, daß Dritte, die auf Grund des Rechtsscheines eine Änderung ihrer Rechtslage erfahren haben, diese durch Anfechtung des Scheinverhältnisses nicht verlieren. Danach bleiben nicht nur die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Scheinvormundes in Kraft, sondern auch die Rechtswirkungen, die sich an andere Handlungen oder Unterlassungen des Vormundes knüpfen, bleiben bestehen.

Auch im Verhältnis zwischen dem Mündel und dem Vormund bzw. dem Vormundschaftsgericht entfallen nicht alle Wirkungen des Rechtsscheines. Das hat das Reichgericht in einer Entscheidung im Bd. 84, Seite 92, hervorgehoben: Eine Pflegerbestellung war, als der gesetzlichen Voraussetzungen ermangelnd, vom Beschwerdegericht aufgehoben. Der Vormundschaftsrichter hatte während des Bestehens des Rechtsscheins eine fahrlässige unrichtige Auskunft in einer die Pflegschaft betreffenden Angelegenheit erteilt. Nach Aufhebung der Pflegschaft war er nun von den Mündeln gemäß § 1848 BGB. in Anspruch genommen. — Das Reichsgericht führt aus: „Die Anordnung der Pflegschaft, als rechtsbegründende Handlung der Staatsgewalt, hat für den Rechtskreis der Beteiligten die Pflichten des Vormundschaftsrichters entstehen lassen, den Beteiligten ein Recht auf Erfüllung dieser Pflichten gegeben und sie der Ausübung der Pflichten durch den Vormundschaftsrichter unterworfen. Sie waren an das pflichtmäßige Walten des Vormundschaftsgerichts gebunden und durften sich darauf verlassen. Es ist selbstverständlich, daß die Entscheidung des Beschwerdegerichts die vormundschaftsrichterlichen Pflichten mit all ihren zahlreichen eingreifenden Einwirkungen auf dem bürgerlichen Rechtsverkehr nicht ohne weiteres beseitigen kann. Eine solche Wirkung würde die Sicherheit des Verkehrs, sowie das Ansehen der Staatsgewalt gefährden und dem Zweck der staatlichen Fürsorgetätigkeit zuwiderlaufen. Solange die Pflegschaft unaufgehoben bestand, war der Beklagte Vormundschaftsrichter mit allen Pflichten eines solchen, die Klägerinnen dagegen Mündel im Sinne des § 1848 BGB., jedenfalls insoweit, als die Pflichten des Vormundschaftsrichters und deren Verletzung in Frage kommen". —

Daß das Reichsgericht in dieser Entscheidung dem Rechtsscheingedanken sehr nahe tritt, ist unverkennbar. Es ergibt sich ohne weiteres aus den Worten der Entscheidung, daß es sich hier ebenfalls um eine Wirkung handelt, die ihren Ursprung

---

[49]) Herbert Meyer: Rechtsschein des Todes, S. 77.

dem Rechtsschein verdankt. Ganz entsprechend bleibt natürlich ein Anspruch des Mündels gegen den Vormund auf Ersatz eines durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens auch nach Widerruf des Rechtsscheins bestehen.

VIII. Haben wir soeben die Rechtsscheinwirkungen des mangelhaften Bestellungsaktes betrachtet, so bleibt noch zu untersuchen, ob diese Wirkungen in allen Fällen, in denen eine Voraussetzung des Bestellungsaktes nicht gegeben ist, in gleicher Weise auftreten. Auf Seite 7 dieser Abhandlung sahen wir, daß mehrere Schriftsteller den Bestellungsakt, wenn gewisse sogenannte wesentliche Voraussetzungen desselben nicht gegeben sind, für nichtig halten. Wenn wir ihnen folgen, dann müssen wir in allen diesen Fällen das Bestehen jeglichen Rechtsscheins ablehnen. Dies erscheint jedoch bedenklich. Einmal wird die Grenze zwischen wesentlichen und unwesentlichen Voraussetzungen stets zweifelhaft sein. Eine bedenkliche Rechtsunsicherheit wäre die Folge. Dann widerspricht es aber auch dem Grundsatz der Verbindlichkeit der Verwaltungsakte. Im übrigen wird es am besten sein, wenn wir die in Frage kommenden Fälle einer gesonderten Betrachtung unterziehen. Eine gute Zusammenstellung befindet sich bei Josef[50]). Wir legen dieselbe dem folgenden zu Grunde:

a) Die Bestellung eines Vormundes über einen nicht entmündigten Volljährigen ist nach Josef nichtig, weil hier eine Voraussetzung für die Bestellung fehlt, die so wesentlich sei, daß nach der erkennbaren Absicht dieses Gesetzes ihr Fehlen der Amtshandlung des Richters die Eigenschaft und Rechtswirkung der Ausübung staatlicher Befugnisse versagen soll[51]). Nun entsteht die Frage, wo hat das Gesetz im Gegensatz zu anderen Voraussetzungen gerade hier erkennbar dargetan, daß das Fehlen der Voraussetzung von solch weitgehender Bedeutung sein soll? Im § 1773 BGB. sicherlich nicht. Dieser spricht nur die Voraussetzungen der Vormundschaftsbestellung über Minderjährige überhaupt, nicht deren mehr oder minder große Erheblichkeit aus. Auch eine andere dahingehende Bestimmung gibt es nicht. In den §§ 1882 bzw. 1918 BGB. eine solche Nichtigkeitsnorm zu erblicken, wie von Blume[52]) und Staudinger[53]) es tun, kann m. E. nicht in Frage kommen, da die §§ 1882 und

---

[50]) Josef, a. a. O., Seite 85 fg.

[51]) Derselbe Seite 85 und 86.

[52]) Opet-Blume: Vormundschaftsrecht, Anm. 4 c zu § 1789, jedoch hinsichtlich des § 1882 BGB.

[53]) Staudinger, Anm. 7 c zu § 1775.

1918 BGB. entsprechend dem § 1773 BGB. nur von dem Wegfall der Voraussetzungen reden. Ganz anders liegt die Sachlage bei dem § 1780 BGB. Hier ist aus der Fassung dieses Gesetzes ohne weiteres dessen Wille zu erkennen, daß eine unter Verstoß gegen diese Vorschrift vorgenommene Bestellung schlechthin nichtig sein soll. Denn eine Bestellung zum Vormunde, die nicht geschehen kann, ist, wenn sie gleichwohl geschieht, nicht für die Rechtsordnung vorhanden; „Nicht-können", ist rechtliche Unmöglichkeit. Weil hier das Gesetz ausdrücklich eine Nichtigkeitsnorm gesetzt hat, kann man von einer erkennbaren Absicht des Gesetzes sprechen, daß der Amtshandlung die Eigenschaft und Rechtswirkung der Ausübung staatlicher Befugnisse versagt sein soll. Das Entmündigungsverfahren sei vom Gesetz auf das Genaueste geregelt worden, sagt Josef ferner[54]), um richterliche Fehlgriffe durch unzulässige Entrechtung zu verhüten; es müsse daher als ausgeschlossen gelten, daß das tatsächliche Versehen oder der Rechtsirrtum des Richters jenen Zustand der Entrechtung solle herbeiführen können, der nur unter einer ganz bestimmten gesetzlichen Voraussetzung vom Gesetz für zulässig erklärt sei. Dabei erkennt Josef[55]) an, daß die Anordnung der Vormundschaft die Geschäftsfähigkeit des zu Unrecht Bevormundeten nicht beschränkt. Dann kann doch aber von einer Entrechtung des fälschlich unter Vormundschaft Gestellten keine Rede sein. Rechtlich wird er weder in der normalen Handlungsfähigkeit, noch in der Befugnis zur Verwaltung und Verfügung beschränkt, nur tatsächliche Eingriffe in seinen Rechtsgüterkreis muß er sich auf Grund der Scheinstellung des Vormundes gefallen lassen. Man denke aber, daß diese tatsächliche Einschränkung zu Gunsten eines durch die Behörde sorgfältig ausgewählten Organs, das zu einschneidenden Handlungen noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, erfolgt und, daß der Betroffene auch die Möglichkeit hat, jederzeit die Rechtsscheinstellung des Vormundes zu beseitigen. Dann wird es klar sein, daß wir hier das geringere Übel haben gegenüber der Rechtsunsicherheit, die hervorgerufen würde, wenn alle Rechtsgeschäfte des Vormundes ohne weiteres unwirksam wären. Dies nötigt zu dem Ergebnis, daß auch die Vormundschaft über einen nicht entmündigten Volljährigen nicht schlechthin nichtig ist, sondern daß hier der durch den staatlichen Akt entstandene Rechtsschein ent-

[54]) und [55]) Josef, a. a. O., Seite 86.

sprechende Wirkungen, wie sie oben geschidlert wurden, hervorruft.

b) Aus gleichen Gesichtspunkten, wie vorgetragen, begründet Josef[56]) seine Ansicht, daß die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft über einen Volljährigen (§ 1906 BGB.) dann nichtig sei, wenn ein rechtswirksamer Antrag auf Entmündigung nicht gestellt sei. Seinen Standpunkt teilt die herrschende Meinung. Demgegenüber ist zu bemerken: Wenn der § 114 BGB. bestimmt, daß derjenige, der nach § 1906 BGB. unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so ist für den Fall, daß der Antrag nach der Entmündigung zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen wird, oder der die Entmündigung aussprechende Beschluß infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird, im § 115 Abs. I, Satz 1 bestimmt, daß die Wirksamkeit der von und gegenüber dem Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht auf Grund der vorläufigen Vormundschaft in Frage gestellt werden kann. Zugleich aber sagt das Gesetz, daß auch die von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Rücknahme oder Abweisung des Antrages oder das Aufhebungsurteil nicht berührt werden (§ 115, Abs. I, Satz 2, BGB.).

Des weiteren sagt § 61 FGG.: „Wenn eine Verfügung, durch die ein Volljähriger unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, von dem Beschwerdegericht aufgehoben ist, so kann die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Volljährigen vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht auf Grund der aufgehobenen Verfügung in Frage gestellt werden". Auf die Wirksamkeit der von und gegenüber dem Vormund vorgenommenen Rechtsgeschäfte findet dann § 32 FGG. Anwendung.

Damit erkennt das Gesetz den durch den behördlichen Akt hervorgerufenen Rechtsschein ausdrücklich insoweit an, als es sich um die Rechtsstellung des Vormundes handelt. Es spricht aber weiterhin ausdrücklich aus, daß die Wirkung des Rechtsscheins auf die Geschäftsfähigkeit des Mündels beim Widerruf des Rechtsscheins verschwindet und damit zugleich das wahre Recht zutage tritt. Der irrtümlich unter vorläufige Vormundschaft Gestellte hat nie eine Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit erfahren.

Auch hier tritt demnach, ebenso wie im Falle zu a) eine rechtliche Beschränkung des Schein-Mündels nicht ein. Nur

---

[56]) Josef, a. a. O., Seite 93 fg.

der Schein einer solchen ist während bestehenden Rechtsscheins gegeben.. Darin liegt der Unterschied zu dem Fall unter a). Im Grunde liegen beide Fälle aber gleich und die Bedenken Josefs sind aus denselben Gründen wie oben hinfällig. Es kommt hier ferner noch hinzu, daß die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft in den meisten Fällen erst wirksam wird mit der Bekanntmachung an denjenigen, der unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden soll. (§ 52 FGG.) Er hat also die Möglichkeit, seine Rechte sofort geltend zu machen. Nach allem besteht auch hier kein Grund, von der gewöhnlichen Regel abzuweichen und die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft wegen Fehlens des Antrages für nichtig zu erklären.

c) Wesentliche Voraussetzung für die Bestellung eines Vormundes ist nach Fuchs[57]), daß der Mündel zur Zeit der Bestellung noch am Leben ist: sei er bereits gestorben, dann sei die Verfügung gegenstandslos.

Dieser Ansicht tritt Josef[58]) entgegen. Er folgert aus dem § 1893 BGB., daß ebensowenig, wie das Fortleben des Mündels zwingende Voraussetzung der Rechtswirksamkeit von Handlungen des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts ist, der Tatsache, daß der Mündel bei der Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft gar nicht mehr am Leben war, eine solch zwingende Wirkung beizumessen sei. Er erklärt also in diesem Falle die Vormundschaft für wirksam.

Dem ist im Ergebnis insoweit beizutreten, als die Bestellung auch hier, wie in allen vorbezeichneten Fällen rechtsscheinerzeugend wirkt. Das folgt neben den von Josef angegebenen Momenten vor allem aus praktischen Erwägungen. Das zeigt deutlich das von Josef angeführte Beispiel: Der Mündel macht eine Reise um die Welt, sein Vormund stirbt, und es wird ein neuer Vormund bestellt. Später stellt sich heraus, daß schon vor der Bestellung des neuen Vormundes der Mündel verstorben war. Erklärt man dann die Bestellung des Vormundes für schlechthin nichtig, dann sind alle von demselben vorgenommenen Rechtsgeschäfte ohne weiteres hinfällig und das Mündelvermögen unterlag jahrelang, wenn auch nicht tatsächlich, so doch rechtlich keiner Verwaltung. Dieses Ergebnis wird man kaum als wünschenswert bezeichnen können. Gesteht man dagegen dem Vormund nur einen Rechtsschein zu, so sind diese wenig

---

[57]) Fuchs, a. a. O., § 1882 BGB., Anmerkung 1 c.

[58]) Josef, a. a. O., Seite 101.

wünschenswerten Wirkungen vermieden, ohne daß jemand dadurch benachteiligt würde.

d) In welchem Maße die Annahme des Rechtsscheins geeignet ist, zwischen zwei entgegengesetzten Meinungen zu vermitteln, zeigt sich insbesondere in dem Falle, wo unter Verletzung des Artikels 23 EG. zum BGB. eine Vormundschaft über einen Ausländer angeordnet ist.

Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[59]) soll eine solche Bestellung gültig sein. Der entscheidende Senat begründet seine Ansicht damit, daß die entgegengesetzte Annahme nur zu unnötigen Umständlichkeiten führe, keinen berechtigten Interessen nütze, die Rechtssicherheit gefährde, den Schutz des Vormundsamtes verkümmere und vor allem dem Hauptzweck des Vormundschaftsrechts der Sorge für die Person des Minderjährigen oder sonst Vormundschaftsbedürftigen und dem Schutz seiner Vermögensinteressen zuwiderlaufe. Es sei auch die Annahme der Nichtigkeit der Verfügung weder durch die Grundsätze des internationalen Rechtsverkehrs und Völkerrechts erfordert, noch durch das Haager Abkommen bedingt.

Demgegenüber vertritt Josef[60]) im Anschluß an einen Beschluß des Kammergerichts vom 11. Januar 1906[61]) den Standpunkt, daß die zwischenstaatlichen Zuständigkeitsvorschriften materiell-rechtlich und zwingend sein müßten, weil jede Zuwiderhandlung gegen sie einen Eingriff in die Gerichtshoheit eines anderen Staates bedeute, folglich staats- und völkerrechtlich untersagt und wirkungslos sein müsse.

Unseres Erachtens ist die Folge einer Verletzung der im Artikel 23 EG. BGB. gegebenen Vorschrift die Gleiche, wie in allen vorhergehenden Fällen. Es tritt der Rechtsschein einer Vormundschaft ein. Damit erübrigt es sich vollkommen, auf die Frage einzugehen, ob der Artikel 23 EG. BGB., als zwischenstaatliche Zuständigkeitsvorschrift, zwingender Natur ist; denn da in Wirklichkeit ja keine Vormundschaft besteht, vielmehr nur der Schein einer solchen, kann von einem Eingriff in die Gerichtshoheit eines fremden Staates keine Rede sein. Der Einwand Josefs ist damit hinfällig geworden. Andererseits ist aber auch dem Standpunkt des Reichsgerichts genüge geschehen, denn die von ihm gemißbilligten Folgen der Nichtigkeit werden ja bei Anerkennung des Rechtsscheins vermieden.

---

[59]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 45, S. 309.

[60]) Josef, a. a. O., Seite 97 fg.

[61]) Jahrbücher der Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 31, 45.

e) Nur der Vollständigkeit halber sei hier noch des Falles Erwähnung getan, daß ein Pfleger für eine juristische Person bestellt wird. Es erscheint unwahrscheinlich, daß eine derartige Bestellung jemals erfolgen könnte und, es ist daher kaum nötig, sich damit zu beschäftigen. Da der Bestellung hier das nötige Objekt fehlt — eine juristische Person ist als Gegenstand einer Pflegschaft unter allen Umständen absolut untauglich —, so muß sie naturgemäß nichtig sein[62]).

f) Ist ein Vormund bestellt, obwohl bereits ein solcher bestellt war, dann tritt keine Mitvormundschaft ein[63]). Eine solche hätte zur Voraussetzung, daß beide Vormünder gültig instituiert wären. Das ist jedoch nicht der Fall, der letztere ist vielmehr, wie in allen schon erwähnten Fällen nur Scheinvormund. Auf Grund des ihm zustehenden Rechtsscheins kann er daher neben dem wahren Vormund die vormundschaftlichen Aufgaben wahrnehmen, aber er muß einer etwaigen Anfechtung jederzeit weichen.

IX. Wir sehen also, daß der obrigkeitliche Bestellungsakt, soweit nur die wesentlichen Verfahrensvorschriften befolgt sind, und nicht gegen ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen verstoßen ist, und sich der Bestellungsakt nicht auf ein absolut untaugliches Objekt bezieht, nicht mangels anderweitiger gesetzlicher Voraussetzungen nichtig ist, vielmehr Rechtsscheinwirkungen hervorruft.

§ 3.

Die Rechtsscheinwirkungen der mangelhaften vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Ehe wir das Gebiet des Vormundschaftsrechts verlassen, erscheint es angebracht, einen kurzen Blick auf einen anderen konstitutiven Akt der Staatsgewalt innerhalb desselben zu werfen, nämlich auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

Noch heute ist die Ansicht vertreten, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenngleich obrigkeitliche Handlung, so doch als eine für bestimmte Rechtshandlungen vorgeschriebene Mitwirkung an der Verwaltungstätigkeit des Vormundes und somit als ein dem Gebiete des Privatrechts angehöriges Rechtsgeschäft sich darstellt[64]). Das ist nicht zu billigen. Die Aufgabe des Vormundschaftgerichts ist nicht Ge-

[62]) Josef, a. a. O., Seite 81.

[63]) Fuchs, a. a. O., zu § 1774, Seite 36.

[64]) So insbesondere Kommentar der Reichsgerichtsräte § 1821.

schäftsführung. Kraft Aufsichtsrechtes, nicht kraft Beteiligung am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts gibt es seine Genehmigung[65]). Es erteilt diese seine Genehmigung in Form einer gerichtlichen Verfügung[66]). Die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist daher wesensverwandt der Bestellung des Vormundes. Diese verleiht dem Vormund allgemeine Vertretungsmacht, die Genehmigung erweitert diese Vertretungsmacht in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen.

An eine besondere Form ist die Genehmigungsverfügung nicht gebunden. Sie ist, wie alle Verfügungen des Vormundschaftsgerichts, gemäß § 13 FGG. dem Vormund bekannt zu machen. Sie kann nur dem Vormund gegenüber erklärt werden (§ 1828 BGB.). Wirksam wird sie, sobald sie dem Vormund zugegangen ist. In diesem Augenblick tritt also die Erweiterung der Vertretungsmacht desselben ein. Doch kann das Gericht jederzeit seine Verfügung abändern, desgleichen kann das Beschwerdegericht dieses tun. Dies ist insbesondere dann möglich, wenn die Verfügung ungerechtfertigt und daher mangelhaft war. Nicht dagegen ist die Verfügung anfechtbar wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung[67]), denn sie ist ja eine Amtshandlung und kein Rechtsgeschäft. Aus gleichem Grunde ist auch das genehmigte Rechtsgeschäft nicht wegen eines Willensmangels in der Person des Richters anfechtbar. Die mangelhafte Verfügung kann nur vom Gericht selbst oder vom Beschwerdegericht aufgehoben werden. Solange dies nicht geschehen ist, wirkt der durch den Erlaß der Verfügung ins Leben gerufene Rechtsschein. Dieser Schein wird unwiderlegbar, sobald Dritte auf Grund seines Bestehens Rechte gewonnen haben. Er wird unwiderlegbar und zwar in seinem ganzen Bestande, da seine Wirkung ja nur diesem Dritten gegenüber sich äußert. Das besagen die §§ 55 und 62 FGG., nach welchen das Vormundschaftsgericht und das Beschwerdegericht zur Abänderung ihrer Entscheidung nur solange befugt sind, als der Vormund die ihm vom Vormundschaftsgericht erklärte Genehmigung dem anderen Teile nicht mitgeteilt hat. Hat der Vormund nämlich die Genehmigung mitgeteilt, so ist damit das beabsichtigte Rechtsgeschäft wirksam geworden. Der Dritte hat auf Grund des Scheines Rechte erworben, die ihm nun nicht mehr genommen werden können. Man sieht also, auch hier ist ein Anwendungsfall des Rechtsscheinprinzips gegeben.

---

[65]) von Blume in Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 48, S. 426 fg.

[66]) Gleicher Ansicht Goldmann, Lilienthal, Sternberg, S. 288, Enneccerus: Familienrecht, § 115 VI. 1. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 71, S. 167, Bd. 99, S. 74.

[67]) So Goldmann, Lilienthal, Sternberg, Seite 290; Enneccerus: Familienrecht, § 115 VIII — anderer Ansicht Fuchs, a. a. O., S. 192.

§ 4.

Die Rechtsscheinwirkungen der mangelhaften Ehelichkeitserklärung.

I. Wenn der Erzeuger eines unehelichen Kindes diesem die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes geben will, jedoch nicht in der Lage ist, die Mutter zu heiraten, so ist ihm die Möglichkeit gegeben, auf seinen Antrag hin, sein Kind durch einen obrigkeitlichen Akt für ehelich erklären zu lassen (§ 1723 fg. BGB.). Zuständig für die Ehelichkeitserklärung ist der Bundesstaat, dem der Vater zur Zeit der Ehelichkeitserklärung angehört und zwar die jeweils von der Landesregierung bestimmte Behörde. Ein Anspruch darauf, daß die Ehelichkeitserklärung erfolgt, steht, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen sämtlich gegeben sind, weder dem Vater noch dem Kinde zu. Die Ehelichkeitserklärung ist also ein Gnadenakt des Staates und kann versagt werden, auch wenn ein gesetzliches Hindernis nicht entgegensteht.

Wird dem Antrag auf Ehelichkeitserklärung stattgegeben, dann geschieht dieses durch eine entsprechende Verfügung der zuständigen Behörde, durch einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt. Soll also die Ehelichkeitserklärung wirksam sein, so muß der sie aussprechende Verwaltungsakt in gehöriger Weise ergangen sein, d. h. zunächst, er muß von einer absolut zuständigen Behörde erlassen sein, widrigenfalls er nichtig ist. Ebenfalls ist die Ehelichkeitserklärung auch dann nichtig, wenn sie von einem Bundesstaate erteilt ist, dem der Vater nicht angehört. Denn es handelt sich dann „nicht um eine bloße örtliche Unzuständigkeit, eines oder mehrerer Staatsorgane, sondern um die Ausübung einer nicht vorhandenen Staatsgewalt“[68]). Es liegt hier ein Fall vor, in dem „das Objekt, auf das sich der Verwaltungsakt bezieht, der Herrschaftsgewalt des örtlich zuständigen Beamten entzogen ist“[69]). Die Rechtslage ist also so, als wenn eine Ehelichkeitserklärung gar nicht ergangen sei. Dies ist natürlich auch dann der Fall, wenn der Beamte, welcher die Ehelichkeitserklärung verfügt hat, geisteskrank war, oder wenn die Ehelichkeitserklärung dem Antragsteller, bezw. dem Kinde nicht bekannt gemacht ist, denn erst durch die Bekanntmachung wird sie wirksam*).

II. Besteht nun der die Ehelichkeit aussprechende Verwaltungsakt formell zu Recht, so verleiht er aus eigener Kraft

---

[68]) Enneccerus: Familienrecht § 89, V. Anm. 9.
[69]) Kormann, a. a. O., Seite 247.
*) So die herrschende Meinung.

dem Kinde die Rechtsstellung eines ehelichen. Er müßte demnach an sich auch unabhängig sein von den zivilrechtlichen Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die vom Gesetz festgelegten Voraussetzungen üben weitgehenden Einfluß aus auf die Gültigkeit des Staatsaktes.

Zunächst sind hier einige Bestimmungen zu nennen, die zwar inhaltlich nichts miteinander gemein haben, aber ihrer Wirkung wegen zusammen gehören: „Die Ehelichkeitserklärung kann nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen" (§ 1724 BGB.). — „Die Ehelichkeitserklärung ist nicht zulässig, wenn zur Zeit der Erzeugung des Kindes die Ehe zwischen den Eltern wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft verboten war" (§ 1732 BGB.). Ferner kann die Ehelichkeitserklärung nicht nach dem Tode des Kindes erfolgen (§ 1733 Abs. 1 BGB.).

Diese Bestimmungen enthalten sämtlich gesetzliche Nichtigkeitsnormen. Wird gegen sie verstoßen, dann ist die Ehelichkeitserklärung ohne weiteres wirkungslos, nicht einmal der Rechtsschein der Ehelichkeit wird durch sie begründet.

Wie ist es nun aber, wenn im übrigen die materiellen Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung fehlen, insbesondere, wenn über den Kopf der Beteiligten hinweg verfügt worden ist? Das Gesetz spricht sich hierüber nicht aus. Die einzige positive Vorschrift ist der § 1735 BGB.: „Auf die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist, oder wenn mit Unrecht angenommen worden ist, daß die Mutter des Kindes oder die Frau des Vaters zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei".

Auf Grund dieser Bestimmung nehmen Jellinek[70]) und mit ihm fast alle Lehrbücher und Kommentare[71]) als feststehend an, daß die Ehelichkeitserklärung im übrigen mangels Vorhandenseins ihrer Voraussetzungen nichtig sei. Für Jellinek ist der § 1735 BGB. eine Ausnahme von einer selbstverständlichen Regel: „Nur dieser eine personenrechtliche Irrtum soll verziehen werden, alle anderen führen unbedingt zur Nichtigkeit der Ehelichkeitserklärung[72]). Danach ist die Ehelichkeitserklärung also unwirksam, wenn eine der nach § 1726 BGB. erforderlichen Einwilligungen von vornherein oder infolge einer Anfechtung nichtig ist, oder wenn die Einwilligung der Mutter oder der Frau des Vaters nicht eingeholt

[70]) und [72]) Jellinek, a. a. O., Seite 80.

[71]) Goldmann, Lilienthal, Sternberg, § 49, Anm. 3. — Endemann, § 209, Anm. 4b, Enneccerus § 90 IV. — Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 1735. Staudinger, § 1735.

worden ist, weil angenommen wurde, daß sie verstorben seien; ferner endlich, wenn die Erklärung des Vaters, daß er das Kind als das seine anerkenne, von vornherein nichtig oder durch Anfechtung beseitigt ist[73]). Dementsprechend nimmt die herrschende Lehre auch ganz konsequent an, daß die Unwirksamkeit der Ehelichkeitserklärung nicht nur vom Vater oder vom Kinde, sondern von jedem Interessenten im gewöhnlichen Prozeßwege, ohne jede zeitliche Beschränkung geltend gemacht werden kann.

Da die in öffentlich beurkundeter Form erlassene Ehelichkeitserklärung zunächst vollen Beweis für die Ehelichkeit des Kindes erbringt[74]), so muß derjenige, welcher die Ehelichkeit bestreitet, das Nichtvorhandensein der Tatbestandsvoraussetzungen der Ehelichkeitserklärung behaupten und beweisen. Rechtskraft hat das Urteil natürlich nur unter den Parteien und in Bezug auf den einzelnen Streitgegenstand. Wirkung für und gegen alle kann ja nur ein Urteil haben, das zwischen Vater und Kind das Bestehen bezw. Nichtbestehen eines Eltern- und Kindschaftsverhältnis feststellt und bei Lebzeiten beider Parteien rechtskräftig geworden ist (§ 640, 643 ZPO.).

III. So die herrschende Meinung. Sie widerspricht einmal dem schon mehrfach in Ansehung der Vormundschaftsbestellung berührten Grundsatz der Verbindlichkeit der Verwaltungsakte, andererseits ruft sie aber auch eine vollkommene Rechtsunsicherheit ins Leben. Dies zeigt sich insbesondere auch darin, daß nirgends die Frage berücksichtigt ist, welche Wirkung es auslöst, wenn sich nachträglich herausstellt, nachdem das Kind lange Zeit hindurch tatsächlich wie ein eheliches beim Vater gelebt hat, daß die Ehelichkeitserklärung nichtig war. Sollen alle Wirkungen, die sich auf dieser scheinbaren Ehelichkeitserklärung aufbauten, hinfällig werden?

Man denke, es habe jahrelang gedauert, ehe die Nichtigkeit zutage trat; wie soll dann jemals Klarheit in die Verhältnisse gebracht werden? Wie gesagt, die herrschende Lehre schweigt sich darüber aus.

Allerdings sagt Goldmann[75]), im Falle der Unwirksamkeit der Ehelichkeitserklärung sei auf die in der Zwischenzeit vom Vater im Namen des Kindes vorgenommenen Rechts-

---

[73]) Die rechtsgeschäftliche Erklärung, daß er das Kind als das Seine anerkenne, kann der Antragsteller jederzeit nach allgemeinen Grundsätzen anfechten. Der § 1735 BGB. findet dann keine Anwendung; er kommt nur in Betracht, wenn der Antragsteller bei seinem Anerkenntnis verharrt.

[74]) Endemann, a. a. O., § 209 4b.

[75]) Goldmann, Lilienthal, Sternberg, § 49 III Anm. 52.

geschäfte der § 1682 BGB. entsprechend anwendbar. Auch Endemann[76]) ist sich der hier bestehende Lücke wohl bewußt. Er bedauert, daß das Gesetz hier nicht eine dem § 1344 BGB. entsprechende Schutzvorschrift getroffen hat. Aber all dieses sind Versuche, die erkannte Unzulänglichkeit der bisherigen Auffassung zu beheben, ohne aber der Frage in ihrem Umfange gerecht zu werden.

Der Fehler in der bisherigen Betrachtungsweise liegt darin, daß man die Wirkung des durch den mangelhaften Akt der Ehelichkeitserklärung erzeugten Scheines nicht berücksichtigte. Solange die Mangelhaftigkeit nicht bekannt ist, treten doch auf Grund des äußeren vorhandenen Tatbestandes die Wirkungen zunächst ein. Wer wollte das leugnen? Erkennt man das aber an, dann wird man nicht umhin können, diese zweifellos vorhandenen tatsächlichen Wirkungen des Scheines zu berücksichtigen. Das tut auch das Gesetz, und zwar ergibt sich das aus dem § 1735 BGB. Wenn dieser bestimmt, daß es auf die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung ohne Einfluß sein soll, wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist, so kann doch diese Bestimmung sich nur gründen auf die erfolgte Ehelichkeitserklärung und zwar nur auf ihren zutage getretenen Schein, denn innerlich krankt sie immer an einem unheilbaren Mangel.

Die auf Grund des Scheines ins Leben gerufene Scheinrechtslage erkennt der Gesetzgeber an. Er will sie aber aufrecht erhalten, auch für den Fall, daß der Schein aufgedeckt wird, darum trifft er eine dahin zielende gesetzliche Bestimmung. Diese ist „obwohl im Rechtsschein wurzelnd, nicht mehr selbst Rechtsschein, sondern materiellen Rechts“[77]).

Man kann also keineswegs, wie Jellinek[78]), aus der Bestimmung des § 1735 den Schluß ziehen, daß im übrigen, soweit § 1735 nicht Platz greift, das Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen die Ehelichkeitserklärung nichtig macht. Im Gegenteil ersieht man aus § 1735, daß dem Gesetzgeber die Wirkung des Rechtsscheins durchaus bewußt war. Es ist unstreitig, daß das wirkliche Bestehen der Vaterschaft die Grundlage für die Ehelichkeitserklärung bildet. Macht das Gesetz hiervon eine Ausnahme im Interesse der Rechtssicherheit, dann ergibt sich doch von selbst, daß bei dem Mangel der anderen nicht in dem Maße grundsätzlichen Voraussetzungen die Ehelichkeitserklärung in gleicher Weise Wirksamkeit haben muß. Es ergibt sich daraus, daß man auch im übrigen der Ehelichkeitserklärung Rechtsscheinwirkungen zusprechen muß.

---

[76]) Endemann, a. a. O., § 209, 4 b, Anm. 44.

[77]) So Herbert Meyer, der Rechtsschein des Todes, Seite 125.

[78]) Jellinek, a. a. O., Seite 80.

Hierfür spricht übrigens auch der Vorschlag Goldmanns, den § 1682 BGB. der ja auch auf den Rechtsscheinsgedanken beruht, auf die vom Vater vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden. Man ersieht daraus, der Schein ist da, und solange er besteht, muß er auch in gewisser Weise anerkannt werden.

IV. Welche Wirkungen äußert nun dieser Rechtsschein? Er äußert Wirkungen gegenüber allen an seinem Zustandekommen beteiligten oder sonst interessierten Personen. Das für ehelich erklärte Kind erhält auf Grund des Rechtsscheins der Ehelichkeitserklärung, solange der Rechtsschein besteht, die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes dem Vater gegenüber. Es darf den Namen des Vaters führen, tritt in seine elterliche Gewalt ein und hat auch einen Unterhaltungsanspruch, wie ein eheliches Kind (§ 1736 BGB.). Dementsprechend hat der Vater natürlich die elterliche Gewalt über das Kind, auch er erhält ein Erbrecht an dem Vermögen des Kindes.

Auch der Mutter des Kindes gegenüber ist der Rechtsschein nicht ohne Wirkung, insbesondere verliert diese das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Andererseits ist sie jetzt erst nach dem Vater zur Zahlung des Unterhalts verpflichtet.

Alle diese Rechtsscheinwirkungen müssen fortfallen, sobald das wahre Recht zutage tritt, der Rechtsschein gebrochen ist. Wie das Aufdecken des Rechtsscheins hier zu geschehen hat, darüber später, zunächst sei die Wirkung der Anfechtung des Scheines näher betrachtet. Das Scheinrechtsverhältnis selbst wird natürlich vollkommen beseitigt[79]). Das Kind erscheint nicht mehr als eheliches des Vaters. Doch nicht alle Wirkungen verschwinden restlos. Rechtsverhältnisse, die zwar auf dem Schein beruhen, daneben aber auch in mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäften oder positiver Gesetzesbestimmung eine selbständige Wurzel haben, bleiben bestehen. So bleibt die Wirkung der Ehelichkeitserklärung für das Kind auch dann bestehen, wenn sich nachher ergibt, daß der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist (§ 1735 BGB.). So bleiben Verfügungen des Vaters hinsichtlich des Kindesvermögens bestehen, wenn auf Grund einer solchen Verfügung z. B. ein Dritter Eigentum an einem Stück des Kindesvermögens erlangt hat. Wie bei der Vormundschaftsbestellung kann es auf einen besonderen guten Glauben des Dritten nicht ankommen.

Im Verhältnis der Parteien untereinander fallen natürlich die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung fort. Hat der Vater

[79]) Herbert Meyer: Rechtsschein des Todes, Seite 25.

während Bestehens des Rechtsscheins die Nutzungen des Kindes-Vermögens für sich in Anspruch genommen, so muß er sie nach dem Grundsatze der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben. Nach gleichen Grundsätzen kann er aber seinerseits von der Mutter den dem Kinde gezahlten Unterhalt herausverlangen, soweit er nicht als unehelicher Erzeuger zur Zahlung einer Unterhaltungsrente verpflichtet ist. Hat die Mutter den Vater durch arglistige Täuschung oder Drohung zur Anerkennung der Vaterschaft veranlaßt, dann hat sie ihm den gesamten Schaden zu ersetzen, der ihm durch die erfolgte Ehelichkeitserklärung erwachsen ist (§ 823, 826 BGB.).

V. Auf Grund des Rechtsscheins wird man, das ergibt sich wohl aus dem Gesagten, in allen Fällen, wo die Ehelichkeitserklärung an wesentlichen Mängeln litt, die Möglichkeit durchaus gerechter Entscheidungen haben. Es bleibt noch zu erörtern, in welcher Weise das wirkliche Recht gegenüber dem Rechtsschein hier geltend zu machen ist, der Bruch des Rechtsscheins zu erfolgen hat. Wie wir oben sahen, nahm man bisher allgemein an — entsprechend der Behauptung, daß die Ehelichkeitserklärung bei Mangel ihrer Voraussetzungen schlechthin nichtig sei —, daß diese Nichtigkeit von jedem Interessierten in beliebiger Weise geltend gemacht werden könne. Das widerspricht aber dem Grundsatz der Verbindlichkeit der Verwaltungsakte. Dazu kommt noch, daß eine solche im Prozeßwege geltend gemachte Nichtigkeit grundsätzlich nur zwischen den Parteien Wirkung hätte, womit gewißlich keine große Rechtssicherheit gewährleistet wäre. Liegt der äußerliche rechtsscheinerzeugende Tatbestand der Ehelichkeitserklärung vor, so muß der durch diesen hervorgerufene Rechtsschein die gleiche Wirkung haben, wie die mangelfreie Ehelichkeitserklärung. Dies ist eine Besonderheit des durch eine staatliche Willensäußerung hervorgerufenen Rechtsscheins, die schon um deswillen Berechtigung hat, weil sie verhindert, daß der staatliche Akt zum Gegenstand der Parteiwillkür gemacht wird. Andererseits ist es aber auch nicht möglich, die durch die fälschliche Legitimation Benachteiligten auf die freie Zurücknahme durch die Behörde zu verweisen[80]). Man muß ihnen vielmehr die Möglichkeit geben, im Rechtswege eine Aufhebung der Ehelichkeitserklärung zu erwirken. Zu dem Ende müßte man allen, die durch die Scheinlegitimation beschwert sind, eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren geben gegen die Behörde, die die Legitimation ausgesprochen hat, und zwar eine Gestaltungsklage mit dem Antrage, daß die Ehelichkeits-

[80]) Vergl. hierzu und zu dem folgenden: Krückmann im Archiv für zivilistische Praxis, Band 108, S. 424.

erklärung vernichtet wird. Vielleicht wäre es auch angebracht, zunächst die Beteiligten auf den Weg des Einspruchs zu verweisen, und nur für den Fall, daß dieser verworfen ist, die Klage vor dem Verwaltungsgericht zuzulassen.

Entsprechend ist natürlich zu verfahren, wenn die Nichtigkeit der Ehelichkeitserklärung nachträglich durch Anfechtung einer der in den §§ 1725, 1726 BGB. vorgeschriebenen Erklärungen hervorgerufen wird. Die Anfechtung hat gegenüber der Behörde zu erfolgen. Der Anfechtung ist aber nicht die Wirkung beizulegen, den Rechtsschein zu zerstören, sondern erst der auf Grund der Anfechtung von der Behörde erlassenen Verfügung, daß die Ehelichkeitserklärung aufgehoben werde. Im übrigen wird dasselbe Verfahren, wie oben, in Frage kommen.

§ 5.

Die Rechtsscheinwirkungen mangelhafter gerichtlicher Entscheidungen aus dem Familienrecht.

Außer den bereits im Vorhergehenden betrachteten Fällen tritt uns das Wirken des Rechtsscheins in den der streitigen Gerichtsbarkeit angehörigen Akten der Staatsgewalt im Familienrecht, in den Entscheidungen der Gerichte entgegen. In neuerer Zeit ist von verschiedenen prozeßrechtlichen Schriftstellern schon mehrfach die Frage angeschnitten, ob nicht das Prinzip des Rechtsscheins allgemein für die Lehre von der Wirksamkeit der Urteile, insbesondere für die Lehre von der Rechtskraft von Bedeutung sein könnte[81]). Im allgemeinen scheint ein ablehnender Standpunkt eingenommen zu werden. Der einzige, der sich näher mit dieser Frage befaßt hat, ist Krückmann[82]). Dieser lehnt allerdings den Rechtsscheingedanken ab zu Gunsten des von ihm vertretenen Rechtsbesitzes[83]). Er sagt: Das Urteil verleiht oder versagt dem Kläger die rechtliche Ausübungsmöglichkeit, hierin erschöpft sich jede Urteilswirkung —. Diese Ansicht würde dieselbe Bedeutung haben, als wenn man sagen würde, das Urteil gibt nur einen Rechtsschein. Ob das allerdings richtig ist, erscheint zweifelhaft. Eine dahingehende Untersuchung dürfte jedoch

---

[81]) So Pagenstecher: „Über die Doppelehe" in der Rheinischen Zeitschrift, Bd. 10, S. 20 fg. S. 88. — Desgleichen Sauer: „Grundlagen des Prozeßrechtes" 1919, S. 278.

[82]) Krückmann: „Zur materiellen Urteilswirkung" in Buschs Zeitschrift für den Zivilprozeß Bd. 46, S. 371; Bd. 47, S. 1 und Bd. 48, S. 1.

[83]) Vergleiche darüber Herbert Meyer: „Rechtsschein des Todes", Seite 79 und 80.

den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, denn wir haben es nur mit den fehlerhaften Urteilen zu tun. Die Wirkung dieser fehlerhaften Urteile erschöpft sich aber zweifellos in dem Rechtsschein. Das sollen die nachfolgenden Untersuchungen zeigen:

A.

I. Wir legen unserer Erörterung den von verschiedenen Schriftstellern bereits behandelten Fall zu Grunde, daß ein Ehescheidungsurteil im Wiederaufnahmeverfahren wieder aufgehoben wird. Über die Wirkungen des Wiederaufnahme-Urteils, insbesondere darüber, ob eine inzwischen von einem der geschiedenen Ehegatten neu eingegangenen Ehe nach Wiederaufhebung des Scheidungsurteils wirksam bleibt, gehen die Ansichten sehr auseinander. Der erste, der wohl allgemein die Aufmerksamkeit auf dieses Thema lenkte, war Hellwig, indem er in seinen Aufsätzen in der deutschen Juristenzeitung 1904, Seite 834 fg. und 1074 fg. und später in seinen „Grenzen der Rückwirkung" die herrschende Ansicht als unrichtig bezeichnete. Hellwig glaubt in den Bestimmungen der §§ 115 I, 2, 1348, II, 2 BGB., 32 FGG., 311 HGB. und 1018, 2 ZPO. ein der ganzen Rechtsordnung innewohnendes Prinzip zu erkennen: „Ist durch einen Staatsakt ein Rechtszustand geschaffen, so kann dieser zwar durch einen Staatsakt so rückgängig gemacht werden, daß der alte Zustand wieder auflebt, und es so angesehen wird, als ob dieser niemals aufgehört hat. Aber diese Rückwirkung ist insoweit ausgeschlossen, als nicht mehr res integra ist. Sie findet ihre Grenzen in den Rechten, die von Dritten auf Grund jenes Rechtszustandes erworben sind, welcher kraft Rechtsspruchs hergestellt, durch die staatliche Autorität solange voll gewährleistet wird, bis er wieder aufgehoben ist.

Dieses Prinzip findet nach Hellwig auch Anwendung gerade auf den zur Erörterung stehenden Fall. Das Ehescheidungsurteil „als konstitutiver Staatsakt" spricht eine Rechtsänderung aus und vollzieht sie mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils. Das Urteil ist ein inter omnes wirkender Gestaltungsakt; es enthält als solcher zugleich eine Deklaration, nämlich die Feststellung des Scheidungsrechtes. Die durch das Urteil vollzogene Rechtsänderung tritt auch dann ein, wenn jene Deklaration zu Unrecht ergangen ist. Das gegen dieses Urteil ergehende Wiederaufnahme-Urteil spricht einmal die Verneinung des mit Unrecht als bestehend festgestellten Scheidungsrechts aus, es ist insoweit nur Deklaration.

Es stellt aber zugleich die Ehe mit rückwirkender Kraft wieder her, ist also auch konstitutiv. Diese letztere konstitutive Wirkung kann aber nur insoweit Platz greifen, als das

oben erwähnte Prinzip nicht entgegensteht. Eine etwa abgeschlossene zweite Ehe ist danach gültig[84]).

II. Im Gegensatz zu der Ansicht Hellwigs nimmt die weitaus überragende Mehrheit aller Schriftsteller an, daß trotz der Eingehung der zweiten Ehe in der Zwischenzeit die erste Ehe wieder hergestellt, d. h. als niemals aufgelöst zu betrachten, die zweite also gemäß § 1326 BGB. nichtig sei[85]). Am besten scheint es mir, die Bedenken, welche Enneccerus gegen Hellwigs Auffassung hat, hier aufzuführen, da sie am klarsten den Standpunkt der herrschenden Lehre deutlich machen. Danach spricht gegen die von Hellwig verfochtene Ansicht[86]):

1. Ihre Meinung stehe im Widerspruch mit dem Satz, daß das im Wiederaufnahme-Verfahren ergangene Urteil das alte Urteil rückwirkend vernichte. Denn wenn es auch wahr sei, daß zur Zeit der zweiten Eheschließung der „binubus" ledig gewesen sei, so werde er doch von dem Erlaß des vernichtenden Urteils ab so behandelt, als wäre er damals nicht ledig gewesen. Mit der Frage nach dem Wesen der Rückwirkung habe dieser Satz nichts zu schaffen.
2. Hellwig behaupte freilich, daß Dritte die auf Grund eines konstitutiven Staatsaktes erlangte Rechtsstellung durch Vernichtung dieses Gerichtsaktes nicht verlieren könnten. Aber in dieser Allgemeinheit dürfte dieser Satz nicht gelten. Wenn Hellwig mit Analogien operiere, insbesondere zu § 32 FGG. und zu § 1348 II, 2 BGB., so sei die erste Analogie als möglich zuzugeben, sie zu ziehen, dürfe sich jedoch nur entschließen, wer das Ergebnis für erwünscht halte. Die Analogie zu § 1348 aber scheine schon methodisch bedenklich, da die Wunderlichkeiten dieses zwischen kirchlichen und bürgerlichen Anschauungen vermittelnden Kompromißgesetzes nur im Hinblick auf die Seltenheit von Wiederverheiratungen nach unrichtiger Todeserklärung erträglich seien. Die Meinung Hellwigs widerspreche zweifellos dem früheren Recht.
3. Das Ergebnis sei unbillig; es sei nicht zu erkennen, weshalb die (schuldlose) erste Frau weniger Schutz verdienen solle.

---

[84]) Die gleiche Ansicht vertritt im Anschluß an Hellwig Kuttner: „Die privatrechtlichen Nebenwirkungen des Zivilurteils", Seite 240.

[85]) So Plank: Deutsche Juristenzeitung 1899, Seite 38. — Opet: „Familienrecht" § 1326, Anm. 3. — Oetger: Deutsche Juristenzeitung 1904, S. 1030. — Waldecker im Recht 1908, S. 592. — Staudinger: Zu § 1520, II. — Pagenstecher im Recht 1908, S. 32. — Riezler: Ihering's Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 66, S. 414.

[86]) Enneccerus: „Familienrecht", Seite 44.

als die zweite Frau, die doch, wenn sie innerhalb 5 Jahren heirate, mit der Umstoßung des ersten Urteils, sei es auch noch so entfernt, rechnen müsse. Vollends unrecht aber sei es, der zweiten Frau selbst dann Schutz zu gewähren, wenn sie den Meineid gekannt habe, auf den das Urteil gegründet gewesen sei, oder vielleicht gar diesen Meineid hervorgerufen habe. Es sei nicht zu billigen, wenn Hellwig, der folgerichtig die Gutgläubigkeit des Dritten für belanglos erkläre, selbst dieses Ergebnis wolle. —

Diesen Ausführungen ist nichts mehr hinzuzusetzen. Wir werden im Folgenden gelegentlich des Vortrages unserer eigenen Ansicht Gelegenheit nehmen, auf sie zurückzukommen. Vorerst jedoch muß eine dritte sowohl von Ennecerus als auch von Hellwig abweichende Ansicht zu Worte kommen.

III. Nach § 1574 BGB. tritt die Auflösung der Ehe mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils ein. Nun sagt Wurzer[87]): Das Ehescheidungsurteil gehöre zum Erkenntnisverfahren, der Vollzug der Ehescheidung dagegen zum Vollstreckungsverfahren. Die mit Rechtskraft des Ehescheidungsurteils vollzogene Auflösung der Ehe sei Zwangsvollstreckung. Die herrschende Ansicht verkenne die Grenzen, die der Rückwirkung im Wiederaufnahmerecht gezogen seien. Die Rückwirkung äußere sich nur im Verhältnis des neuen richterlichen Befehls zu dem aufgehobenen richterlichen Befehl. Das neue Urteil sei aber machtlos, wenn der alte richterliche Befehl bereits vollstreckt und somit die ausgesprochene Rechtsänderung bereits eingetreten sei. Somit ist und bleibt die alte Ehe geschieden, auch wenn das Scheidungsurteil aufgehoben ist[88]).

IV. Wie wir sehen, hat schon Hellwig erkannt, daß der zur Erörterung stehende Fall durchaus analog liegt, den §§ 32 FGG., § 115, I[2] und 1348, 2 BGB. Der § 32 FGG. und der § 115, I, 2 BGB. sind aber im Verlauf dieser Arbeit schon hervorgetreten, und es konnte festgestellt werden, daß es sich hier um Fälle des Rechtsscheins handelt. Dasselbe ist aber für den § 1348 BGB. von Herbert Meyer seit langem nachgewiesen[89]).

Es ergibt sich daraus von selbst, daß auch in unserem Falle das Rechtsscheinsprinzip zum Ausdruck kommen muß. Das Scheidungsurteil ist mangelhaft, weil seine materiellen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Trotzdem ruft es den Rechts-

---

[87]) Wurzer: Ihering's Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 70, S. 187 fg.

[88]) Im Ergebnis gleicher Ansicht Kohler: Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 33, S. 226.

[89]) Herbert Meyer: „Der Rechtsschein des Todes", S. 117.

schein der vollzogenen Ehescheidung ins Leben. Dieser Rechtsschein kann nur in ganz bestimmten, vom Gesetz festgelegten Fällen gebrochen werden, z. B., wenn Restitutionsklage erhoben ist und dann ein das erste Urteil aufhebendes Urteil ergeht. Nun wiederholt sich derselbe Vorgang, wie in allen im Laufe dieser Abhandlung besprochenen Fällen. Der Schein schwindet und das wahre Recht tritt zu Tage. Aber diese Wirkung des Restitutionsurteils findet ihre Grenze in dem Grundsatz, daß Rechte Dritter, die auf Grund des Scheins entstanden sind, nach dessen Beseitigung bestehen bleiben. Bei dieser Auffassung, daß das mangelhafte Scheidungsurteil nur einen Rechtsschein hervorruft, der dann durch das Wiederaufnahme-Urteil gebrochen wird, werden auch die Bedenken der herrschenden Ansicht hinfällig. Diese erscheinen überhaupt in keiner Weise überzeugend. Die Möglichkeit der Analogie zu § 32 FGG. gibt Ennecccerus zu. Die Möglichkeit der Analogie zu § 1348 BGB. kann er nach Vorstehendm nicht mehr bestreiten. Es läuft eben alles darauf hinaus, daß die herrschende Ansicht sich scheut, die Konsequenz aus dieser Analogie zu ziehen, da das Ergebnis ihres Erachtens unbillig ist. Aber diese Ansicht können wir nicht teilen, auch können rein gefühlsmäßige Erwägungen keine Beweise ersetzen.

V. Es sollen die Wirkungen des Rechtsscheins nun im Folgenden besprochen werden. Es wird sich zeigen, daß wir im praktischen Ergebnis durchaus mit Hellwig übereinstimmen, ohwohl dieser dem Rechtsscheinsgedanken ablehnend gegenüber steht.

Das Ehescheidungsurteil als rechtsgestaltender Verwaltungsakt äußert Wirkungen in dreierlei Hinsicht. Seine Wirkung ist:

1. Materielle Rechtskraft, insofern es das Bestehen des durch seinen Entstehungsgrund individualisierten Scheidungsrechtes zur Zeit des Schlusses der letzten Tatsachenverhandlung feststellt.
2. Gestaltungswirkung, insofern es das Rechtsverhältnis der Ehe ex nunc auflöst.
3. Tatbestands- oder Nebenwirkung insofern unmittelbar kraft Gesetzes Wirkungen sich an dasselbe knüpfen.

Ist das Urteil unrichtig, so besteht die in dem Urteil enthaltene Feststellung des Scheidungsrechtes objektiv zu Unrecht. Aber dieser Mangel wird durch die materielle Rechtskraft geheilt. Im praktischen Leben kann nur das Geltung haben, was infolge der ihm anhaftenden typischen Erscheinungsform als Recht erscheint. Ist ein Prozeß demnach durch Urteil erledigt,

so kommt für den Rechtsverkehr nur noch diese prozessuale Betrachtung in Frage. Der durch das Urteil hervorgerufene Rechtsschein ist es, der Geltung beansprucht. Dieser Rechtsschein bejaht nun aber im vorliegenden Fall das Vorhandensein des Scheidungsrechtes. Er erweckt demzufolge auch den Rechtsschein der erfolgten Ehescheidung. Er bildet auch die Grundlage für die Nebenwirkungen, die sich an das Urteil knüpfen. Es erscheint demnach mit Rechtskraft des mangelhaften Scheidungsurteils die Ehe für die Zukunft als aufgelöst. Die durch die Ehe begründeten gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten hören damit auf. Obwohl die Ehe tatsächlich fortbesteht, können die Ehegatten sich hierauf nicht berufen, da der Rechtsschein der erfolgten Ehescheidung dem entgegensteht. Die während bestehenden Rechtsscheins von der Frau geborenen Kinder erscheinen als unehelich. Alle Behörden und alle Privatpersonen müssen den Rechtsschein gegen sich gelten lassen. Der Nachlaßrichter kann im Erbscheinverfahren nicht mehr den geschiedenen Gatten als gesetzlichen Erben des anderen ansehen (§ 1931 BGB.). Der Strafrichter kann die bisherigen Eheleute nicht mehr als Ehegatten behandeln.

Gleiche Bedeutung haben die Rechtsscheinwirkungen auch gegenüber allen Verwaltungsbehörden. Auch sie haben die auf Grund des Rechtsscheins zu Tage tretende Privatrechtsklage als solche hinzunehmen. Es ist daher von dem Standesbeamten auf Grund des rechtskräftigen Scheidungsurteils ohne weiteres am Rande der Eintragung über die Eheschließung der Scheidungsvermerk vorzunehmen (§ 55 P.St.G.). Die Versicherungsbehörden der Reichsversicherungsordnung sind an die dem Rechtsschein entsprechende privatrechtliche Veränderung der Familienrechtsverhältnisse gebunden, z. B., wenn sie über den Anspruch der Witwe oder des ehelichen Kindes aus der Unfall- oder aus der Invaliden und Hinterbliebenen-Versicherung zu befinden haben (Reichsversicherungsordnung § 585, 950, 1098, 1258, 1262).

Auch die an das Scheidungsurteil sich knüpfenden Nebenwirkungen treten in gleicher Weise auf Grund des Rechtsscheins auf. So verliert der für schuldig erklärte Ehegatte das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1635 BGB.), und das Vormundschaftsgericht ist an diese Wirkung des Rechtsscheins gebunden, wenn es über die Regelung des persönlichen Verkehrs mit den Kindern zu entscheiden hat (§ 1636 BGB.).

VI. Alle diese Wirkungen des durch das Urteil hervorgerufenen Rechtsscheins sind unwiderruflich, soweit nicht

Gründe für eine Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben sind. Das ist zutreffend in der Rechtswissenschaft allgemein anerkannt für die Fälle, in denen die Mangelhaftigkeit nicht auf arglistige Prozeßführung seitens der Parteien beruht. Hat jedoch eine Partei das Urteil arglistig herbeigeführt, so soll nach der Ansicht des Reichsgerichts und zahlreicher Anhänger dieser Mangel auch außerhalb des Wiederaufnahme-Verfahrens z. B. durch Einrede oder Replik gegen die Rechtskraft oder auf Klage auf negative Feststellung nach § 256 ZPO. usw. geltend gemacht werden können. In der Wissenschaft und Rechtsprechung ist dieser Standpunkt, daß auch außerhalb des Wiederaufnahme-Verfahrens das mangelhafte Urteil seiner Wirkung zu entkleiden sei, äußerst verbreitet. Aber die Mittel und Wege, durch welche die einzelnen Anhänger dieser Lehre ihr Ziel zu erreichen suchen, sind verschieden. Es läßt sich auch dieser Standpunkt gegenüber einer strengen Auslegung des Gesetzes nicht halten.

Der Beweis dafür braucht hier nicht erbracht zu werden. Wurzer hat in seinem Aufsatz: „Die ungerechtfertigte Durchbrechung der Rechtskraft zu Gunsten der guten Sitten“ [90]) dieses Problem ausführlichst behandelt und den Standpunkt der herrschenden Lehre ebenso eingehend wie überzeugend als haltlos erwiesen. Ihm folgend hat auch Oertmann: „Ausbeutung der Rechtskraft“[91]) unter Aufgabe der bislang von ihm vertretenen Ansicht die Unantastbarkeit auch des infolge Arglist mangelhaften Urteils anerkannt. Den Worten dieser beiden Autoren bleibt nichts hinzuzufügen. Der durch das Urteil hervorgerufene Rechtsschein kann nur im Wege des Wiederaufnahme-Verfahrens beseitigt werden. Mag das im Einzelnen vielleicht hart erscheinen, auf Grund des heutigen Rechts ist eine andere Entscheidung nicht möglich. Mit Recht, denn die im Urteil verkörperte staatliche Autorität verbietet, „ihm auf Grund privatrechtlicher Gedankengänge und nach Art privater Tatbestände die Wirkung zu entziehen oder zu verkümmern“[92]). Auf einige Beispiele sei hier kurz hingewiesen:

Hat ein Ehegatte in einem Scheidungsprozeß durch betrügerisches Prozessieren sittenwidrig ein Scheidungsurteil erschlichen, in dem der andere Gatte zu Unrecht für den schuldigen Teil erklärt ist, so muß jeder Prozeßrichter der auf Grund des Scheidungsurteils erhobenen Unterhaltsklage gegen den schuldigen Ehegatten stattgeben (§ 1578, 1579 BGB.). Der Einwand der arglistigen Herbeiführung dieses Urteils ist nicht

[90]) Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 65, S. 335 fg.

[91]) Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 42, S. 1 fg.

[92]) Oertmann, a. a. O., Seite 26.

zulässig. Wird der für schuldig erklärte Ehegatte wegen Verletzung seiner Unterhaltspflicht (§ 361 St.G.B.) angeklagt, so hat der Strafrichter ihn zu verurteilen, da auf Grund des Rechtsscheins seine Unterhaltspflicht gegeben ist. Ebenso muß die wegen Weiterführung des ihr untersagten Mannesnamens (§ 350 Ziffer 8 St.G.B.) unter Anklage gestellte Frau verurteilt werden. Der Nachweis der dolosen Herbeiführung des Urteils ist vom Richter nicht zuzulassen.

VII. Ist nun das Ehescheidungsurteil im Wiederaufnahme-Verfahren aufgehoben worden, so ist damit der Rechtsschein der erfolgten Ehescheidung beseitigt. Die alte Ehe besteht im Regelfalle unverändert fort. Es ist im Verhältnis der Ehegatten untereinander so, als wenn das Urteil niemals ergangen wäre. Dabei ist jedoch zu beachten, daß etwaiger Geschlechtsverkehr während des Bestehens des Rechtsscheins keinen Ehebruch und somit keinen Grund zur Scheidung darstellen kann. Der Güterstand, in welchem die Ehegatten vor dem Scheidungsurteil lebten, erscheint nicht als aufgelöst[93]). Seine Wirkungen treten ohne weiteres wieder ein. Trotzdem bleiben Verfügungen der Ehefrau, die diese in der Zwischenzeit vorgenommen hat, wirksam. Der Dritte, der auf Grund derselben Rechte erworben hat, wird in seinem Erwerbe geschützt. Kinder, die in der Zwischenzeit geboren sind, erscheinen als ehelich; es gilt lediglich § 1591 BGB. Da der Rechtsschein der erfolgten Ehescheidung widerlegt ist, ist nunmehr klar, daß die Ehe nicht aufgelöst war, sondern ständig weiter bestanden hat. Die nach dem Scheidungsurteil empfangenen Kinder sind also während der Ehe erzeugt. Der Ehemann kann ihnen die Ehelichkeit nur durch Anfechtung nehmen.

Auch die an das Scheidungsurteil geknüpften Tatbestandswirkungen sind als nicht eingetreten zu behandeln. So gewinnt die geschiedene Ehefrau, die infolge Untersagung des Mannes gemäß § 1577 Abs. 3 BGB. dessen Familiennamen verloren hatte, diesen mit Aufhebung des Scheidungsurteils ipso jure wieder.

Wie wird es nun mit der Ehe, die einer der Ehegatten während Bestehens des Rechtsscheins eingegangen ist? Nach unserem Grundsatz, daß Rechte Dritter, die auf Grund des Rechtsscheins entstanden sind, von der Anfechtung desselben unberührt bleiben, ist sie wirksam. Das hat aber zur Folge, daß in demselben Augenblick die alte Ehe endigt. Aus dem Rechtsschein der erfolgten Ehescheidung ist infolge der erneuten Eheschließung eine Tatsache geworden. Die alte Ehe kann

---

[93]) Die Nutzungen des eingebrachten Gutes fallen daher in das Eigentum des Mannes.

nunmehr auch nicht auf Grund eines Restitutionsurteils aufleben. Allerdings hat die erfolgte Aufhebung insoweit Wirkung, als der für schuldig erklärte Ehegatte nunmehr Unterhalt verlangen kann, als sei er unschuldig und der andere Teil als schuldig geschieden. Sind nach Rechtskraft des Scheidungsurteils von der Ehefrau Kinder geboren, die dann durch die nachfolgende Ehe derselben legitimiert sind, so gelten diese auch weiterhin als eheliche Kinder der zweiten Ehe. Ist auf Grund des Rechtsscheins die neue Ehe vollgültig geworden und dadurch die Legitimation der Kinder ermöglicht, so muß ebenso, wie die Ehe selbst aufrecht erhalten wird, auch die Legitimation der Kinder, die ja nichts als eine Rechtsfolge der Ehe ist, aufrecht erhalten werden.

B.

Wie das mangelhafte Ehescheidungsurteil, so rufen auch alle anderen konstitutiven Urteile des Familienrechts nur Rechtsscheinwirkungen ins Leben, wenn sie mangelhaft sind. Das braucht nicht von Neuem bewiesen zu werden. Es liegt uns auch fern, sie alle zu behandeln, nur die Urteile, durch welche ein bestehender Güterstand aufgehoben wird, sollen noch kurz hinsichtlich ihrer Rechtsscheinwirkungen behandelt werden[94]).

Klagt gemäß § 1418 BGB. die Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung, so ist die Folge, daß ohne weiteres mit Rechtskraft des Urteils Gütertrennung eintritt. Wird nun das Urteil im Wiederaufnahme-Verfahren aufgehoben, so ist demnach auf Grund des durch das Urteil erzeugten Rechtsscheins ein eigenes Recht der Frau auf selbständige Vermögensverwaltung entstanden (§ 1426 BGB.). Das hat zur Folge, daß die in der Zeit nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung bis zu deren Wiederherstellung gezogenen Nutzungen im Vermögen der Frau verbleiben, den Gläubigern der Frau zur Befriedigung der von ihr vor Wiederherstellung der Verwaltungsgemeinschaft eingegangenen Verbindlichkeiten das gesamte Frauengut offensteht und schließlich, daß alle von der Frau getroffenen Verfügungen bestehen bleiben. Ferner lebt aber auch die Verwaltung und Nutznießung nicht ohne weiteres wieder auf, wie bei der Aufhebung des Scheidungsurteils. Da eigenes Recht der Frau hier auf Grund des Scheines in der Zwischenzeit entstanden ist, muß vielmehr der Mann analog § 1425 BGB, auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen. Wenn auch der vorliegende Fall im § 1425 BGB. nicht

[94]) Herbert Meyer: „Rechtsschein des Todes", S. 95 fg.

vorgesehen ist, so rechtfertigt sich seine analoge Anwendung doch aus der Erwägung, daß hier, wie bei den dem § 1425 zu Grunde liegenden Fälle, die Gründe für die Aufhebung der ehelichen Nutznießung und Verwaltung für die Zukunft vollständig weggefallen sind.

Ganz ähnlich sind die Rechtsscheinwirkungen, die das gemäß § 1542 BGB. die Errungenschaftsgemeinschaft auflösende Urteil infolge seiner Mangelhaftigkeit hervorruft. Es ergibt sich das aus den §§ 1545 und 1547 BGB. Keine gesetzlichen Bestimmungen sind jedoch für die Verwaltungsgemeinschaft getroffen. Hier tritt ein eigenes Recht der Ehefrau, wie nach § 1426, nicht in Erscheinung. Ist der Rechtsschein der Auflösung daher widerlegt, so erweist sich, daß die allgemeine Gütergemeinschaft in Wahrheit dauernd fortbestanden hat. Aber auch hier werden nicht alle Wirkungen des Rechtsscheins beseitigt. Verfügungen über das Gesamtgut, die ein Ehegatte in der Zwischenzeit vorgenommen hat, bleiben wirksam.

Besonders stark zeigen sich die Wirkungen des Rechtsscheins bei der Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gemäß §§ 1495, 1496 BGB. Hier sind durch die auf Grund des Rechtsscheins erfolgte Auseinandersetzung selbständige Rechte der einzelnen Gemeinder entstanden, die auch nach Widerlegung des Scheines bestehen bleiben müssen.

Literaturverzeichnis:

Bettsack: „Die Bestellung eines Vormundes für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen". Im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 35, Seite 386 fg.

von Blume: „Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts". In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 48, S. 426 fg.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1910.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2.

Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Fischer, Otto: „Sein und Schein im Rechtsleben". In der internationalen Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst u. Technik Nr. 66 (1909), Sp. 1437 fg.

Fuchs: Vormundschaftsrecht, München 1909.

Gaup-Stein: Die Zivilprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich, Band 1 und 2.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895; Bd. 2: Sachenrecht, Leipzig 1905.

Gierke, Otto: Die Bedeutung des Fahrnißbesitzes für streitiges Recht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 1, Heft 4.

Goldmann-Lilienthal-Sternberg: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 3, Familienrecht, Berlin 1921.

Hatschek: Institutionen des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrecht, 1919.

Hellwig: „Grenzen der Rückwirkung", Gießen 1907.

Hellwig: Deutsche Juristenzeitung 1904, S. 834 fg., 1097 fg.

von Hippel, Ernst: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts". Berlin 1924.

Huber: „Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht". Bern 1894.

Jacobi: „Die Theorie der Willenserklärung". München 1910.

Jellinek: „Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen". Tübingen 1908.

Josef: „Nichtigkeit und Wirksamkeit gesetzwidriger Anordnungen des Vormundschaftsgerichts". In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 70, S. 70 fg.

Kohler: In Busch's Zeitschrift für deutschen Zivil-Prozeß Bd. 33, S. 226 fg.

Kormann: „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte". Berlin 1910.

Krückmann: „Nachlese zur Unmöglichkeitslehre". In Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 57, S. 114.

Krückmann: „Sachbesitz, Rechtsbesitz und Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts". Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 108, S. 411.

Krückmann: „Zur materiellen Urteilswirkung". In Busch's Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 46, S. 371; Bd. 47, S. 1; Bd. 48, S. 1.

Kuttner: „Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile". München 1908.

Kuttner: „Urteilswirkung außerhalb des Zivilprozesses". München 1914.

Loewenwarter: „Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch". Allgemeiner Teil, Bd. I. Berlin 1924.

Mayer, Otto: „Deutsches Verwaltungsrecht" 1924.

Meyer, Herbert: „Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht". Jena 1902.

Meyer, Herbert: „Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht". 1908.
Meyer, Herbert: „Vom Rechtsschein des Todes". Leipzig 1912.
Naendrup: „Rechtsscheinforschungen", Heft 1: Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinforschung; Heft 2: Die Geweretheorie. Münster 1910.
Oetger: „In der Deutschen Juristenzeitung" 1904, S. 1030.
Oertmann: „Ausbeutung der Rechtskraft". Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 42, S. 1 fg.
Opet-Blume: „Vormundschaftsrecht".
Pagenstecher: „Über die Doppelehe". In der Rheinischen Zeitschrift, Bd. 10, S. 20 fg.
Pagenstecher: „Im Recht" von 1908, S. 32.
Plank: „Bürgerliches Gesetzbuch" 3. Auflage.
Plank: In der „Deutschen Juristenzeitung" S. 38.
Reichsgerichtsräte, Kommentar der. Vierte Auflage, 1922.
Rietzler: „Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen". Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 98, S. 372.
Rietzler: Ihering's Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 66, S. 414.
Sauer: „Grundlagen des Prozeßrechts" 1919.
Staudinger: „Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch". 7./8. Auflage.
Waldecker: „Im Recht" 1908, S. 592.
Wellspacher: „Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht." Wien 1906.
Wurzer: „Die Aufhebung des Ehescheidungsurteils im Wiederaufnahme-Verfahren läßt die neue Ehe des Geschiedenen unberührt". In Ihering's Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 70, S. 187 fg.
Wurzer: „Die ungerechtfertigte Durchbrechung der Rechtskraft zu Gunsten der guten Sitten". In Ihering's Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 65, S. 335 fg.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen: Bd. 81, 212; Bd. 71, 167; Bd. 99, 74.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen: Bd. 45, S. 309.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte: Bd. 12, 193; Bd. 21, 184.
Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts: Bd. 31, 45.